

BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT

**Blir barnets rett til å bli hørt ivaretatt
i rettssaker om hvor barnet skal bo fast?**

Kandidatnr: 272

Veileder: Kirsten Sandberg

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17 321 ord

24.04.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>OPPGAVENS TEMA OG RETTSLIG PLASSERING</u>	<u>1</u>
1.1	INNLEDNING	1
1.2	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSING	1
1.3	HISTORIKK	2
1.3.1	UVIKLINGSLINJER	2
1.3.2	BAKGRUNN FOR DE NYE SAKSBEHANDLINGSREGLENE OG DAGENS ALDERSGRENSE	3
1.4	RETTSLIG PLASSERING	5
1.5	BEGREPSAVKLARING	6
1.5.1	Å HØRE BARNET	6
1.5.2	BARNETS BESTE	7
1.6	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	8
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>9</u>
2.1	INNLEDNING	9
2.2	MENNESKERETTIGHETENE	9
2.2.1	BARNEKONVENSJONEN	10
2.2.2	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON	11
2.3	BARNELOVEN	11
2.4	FORARBEIDENE TIL BARNELOVEN	12
2.5	RETTSPRAKSIS	12
2.6	INFORMASJON FRA BARNE- OG FAMILIEDEPARTEMENTET	13
2.7	LITTERATUR	14
2.8	REELLE HENSYN	15
<u>3</u>	<u>HVORDAN BARNET BLIR HØRT</u>	<u>16</u>
3.1	INNLEDNING	16
3.2	KUNNSKAPSGRUNNLAG HOS DEN SOM HØRER BARNET	16
3.3	FREMANGSMÅTE I FORBINDELSE MED AT BARNET SKAL HØRES	17
3.4	SAMTALEN	17
3.4.1	BARNES OPPLEVELSE AV SAMTALEN	17

3.4.2	SAMTALESITUASJONEN	18
3.4.3	BARNETS ANSVARSFØLELSE OVERFOR FORELDRENE	19
3.4.4	BARNETS BEHOV FOR Å BLI HØRT	20
3.5	OPPSUMMERING	20
<u>4</u>	<u>KAN BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT TILSIDESETTES?</u>	<u>21</u>
4.1	INNLEDNING	21
4.2	NÅR BARNET VELGER Å IKKE BLI HØRT	21
4.3	FORELDRENE TILSIDESETTELSE AV BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT	22
4.4	KAN DOMSTOLEN TILSIDESETTE BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT	23
4.5	VURDERING	23
<u>5</u>	<u>KAN BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT TILSIDESETTES AV HENSYNET TIL BARNETS BESTE?</u>	<u>25</u>
5.1	INNLEDNING	25
5.2	BARNEKONVENSJONEN	25
5.3	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON	27
5.4	BARNELOVEN	28
5.5	FORARBEIDER TIL BARNELOVEN	29
5.6	HØYESTERETTS PRAKSIS	31
5.7	RUNDSKRIV	32
5.8	LITTERATUR	33
5.9	ANDRE HENSYN	34
5.9.1	HVA MENER BARN SELV?	35
5.9.2	HENSYNET TIL BARN I FREMTIDIGE SAKER	36
5.10	KONKLUSJON	36
<u>6</u>	<u>HVORDAN BARNETS STEMME BLIR VEKTLAGT I RETTSSYSTEMET</u>	<u>37</u>
6.1	INNLEDNING	37
6.2	BARNEKONVENSJONEN	37
6.3	BARNELOVEN MED FORARBEIDER	38
6.4	RETTS PRAKSIS	38
6.4.1	PRAKSIS FRA LAGMANNSRETTE	38
6.4.2	HØYESTERETS PRAKSIS	39

6.5	RUNDSKRIV OG LITTERATUR	40
6.6	OPPSUMMERING OG VURDERING	41
<u>7</u>	<u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER</u>	<u>42</u>
7.1	INNLEDNING	42
7.2	BARNETS LOJALITET	42
7.3	BESKYTTELSE AV BARN	44
7.4	KUNNSKAP OM HVORDAN BARN BLIR HØRT	46
7.5	BARNETS INNFLYTELSE	47
7.6	KONKLUSJON	48
7.6.1	SVAR PÅ PROBLEMSTILLINGEN	48
7.6.2	AVSLUTNING	48
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>50</u>

1 OPPGAVENS TEMA OG RETTSLIG PLASSERING

1.1 Innledning

Barn skal sees men ikke høres, var tidligere et vanlig utsagn. Heldigvis har de fleste gått bort fra den oppfatning dette utsagn gir uttrykk for. I dag er det en grunnleggende bevissthet om at barn bør og skal bli både sett og hørt. Denne oppgaven omhandler hvordan det å høre barn bli ivaretatt ved norske domstoler.

1.2 Problemstilling og avgrensing

Problemstillingen i denne spesialoppgaven er:

Blir barnets rett til å bli hørt ivaretatt i rettssaker om hvor barnet skal bo fast?

Jeg har valgt denne problemstillingen fordi jeg vil undersøke om dagens lovverk ivaretar barnets interesser på en god nok måte. Barn har en iboende lojalitet til sine foreldre. Dagens ordning kan lett føre til at barna føler at de må velge mellom sine foreldre. Jeg ønsker derfor å se på om barna av den grunn bør slippe å bli hørt i en konflikt mellom foreldrene.

I Norge opplever mellom 20 000 og 30 000 barn hvert år at foreldrene flytter fra hverandre.¹ Det oppstår da et spørsmål om hvor barnet skal bo fast. Etter lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 (bl.) § 31 andre ledd, har barn en rett til å bli hørt når det skal avgjøres hvem av foreldrene de skal bo hos. Retten til å bli hørt følger også av FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen) art. 12.

Fra 1. april 2004 har denne lovfestede retten til å bli hørt sunket fra 12 til 7 år, noe som gjør problemstillingen enda mer aktuell enn før.² På grunn av lovendringen er det langt flere barn som skal høres enn tidligere og mange av disse barna kommer til å bli hørt mens de er svært unge. For å

¹ Turid Noack; http://www.ssb.no/vis/magasinet/slik_lever_vi/art-2005-04-04-01.html

² I forbindelse med de nye saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker, er aldersgrensen for å høre barn, jf. bl. § 31 satt ned fra 12 til 7 år. Reglene trådte i kraft 1. april 2004.

oppnå at alle blir hørt fra de er 7 år, kreves et system som garanterer at barna blir hørt og kontroll med at fremgangsmåten er tilfredsstillende.

Alle barn vil være avhengig av voksnes valg på godt og vondt. Dette gjør at lovgivningen på de områdene som omhandler barn er svært viktig. Ikke minst er det viktig at regelverket gir alle barn den samme rettssikkerhet, uavhengig av alder og utvikling. For at alle barn skal kunne få den samme beskyttelse, må rettighetene knyttes opp mot barnet som individ, og ikke som gruppe. Det er det enkelte barn som må få beskyttelse i forhold til sitt behov.

Et vilkår for å bli hørt kan være at barnet har en evne til å danne seg egne synspunkter. Her vil det i så fall gå en grense hvor svært små barn og barn med psykisk utviklingshemming ikke vil bli hørt. Av plasshensyn er dette en problemstilling jeg ikke har mulighet til å gå inn på.

Når foreldre flytter fra hverandre oppstår ikke bare spørsmålet om hvor barna skal bo fast, men også i hvilket omfang barna skal ha samvær med den andre forelderen. I begge tilfeller skal barna høres og begge problemstillinger skal løses ut fra barnets beste. Det er vanligvis etter at det er tatt stilling til hvor barnet skal bo fast, at spørsmålet om samværsrettens omfang blir drøftet. Fast bosted er gjerne hovedspørsmålet i en rettssak, og problematikken rundt dette spørsmålet er ofte i større grad egnet til å sette barna i en lojalitetskonflikt mellom foreldrene. Jeg vil derfor konsentrere meg om dette spørsmålet og vil bare i de tilfeller hvor det kan belyse min problemstilling, nevne samværsretten.

1.3 Historikk

1.3.1 Uviklingslinjer

I romerretten var farens rettigheter overfor barnet formelt sett uinnskrenket. To utviklingslinjer har gjort seg gjeldende i synet på foreldreansvaret siden den gang. Den ene er at det har utviklet seg tilnærmet full likestilling mellom mor og far. Den andre er at det i dag legges langt større vekt på de plikter foreldrene har overfor barna fremfor hvilke rettigheter og hvilken makt foreldrene har.³ Det som før het foreldremakt utviklet seg til å bli foreldremyndighet. I dag heter det foreldreansvar.

³ Smith, *Barnefordeling og foreldremyndighet* (1976) s. 4

Samtidig som foreldrenes makt har blitt begrenset, har barnets rettigheter kommet sterkere frem. Dette gjelder ikke bare barnets krav på omsorg fra foreldrene, men også barnets rett til å bestemme over sin egen person. Ved at barnet får bestemme over seg selv innskrenkes foreldrenes rettigheter overfor barnet.⁴ Barnet har fått egne rettigheter som skal beskyttes på lik linje med rettigheter som de voksne har.

1.3.2 Bakgrunn for de nye saksbehandlingsreglene og dagens aldersgrense

NOU 1977:35 er utgangspunktet for barneloven slik vi kjenner den i dag. Barneloven av 1981 erstattet to lover om barn, den ene for barn født i ekteskap og den andre for barn født utenfor ekteskap. Målet i 1977 var å i størst mulig grad få felles regler for alle barn, uavhengig av om foreldrene var gift eller ikke. I den nye loven ble barns selvbestemmelses- og medbestemmelsesrett styrket.⁵

Allerede i NOU 1972:30 ble det tatt opp at aldersgrensen for barns rett til å uttale seg i personlige forhold var for høy.⁶ Sosialreformkomiteen foreslo å senke alderen fra 12 til 7 år, noe som den gang sammenfalt med skolestart. NOU 1977:35 videreførte denne tanken, og det ble foreslått at barn skulle høres ned til 7 år. Lovutvalget mente at man på den måten ville kunne styrke barnas rett til å bli hørt på et tidlig stadium.

Ved innstilling til Odelstinget, Inst.O. Nr. 30 (1980-81), var Justiskomiteen enig med Departementets prinsipielle vurderinger av betydningen av at barnet tidlig burde få medbestemmelsesrett. Komiteen var likevel i tvil om det var hensiktsmessig å lovfeste en fast aldersgrense på 7 år for når barnet skal få uttale seg. Loven ble derfor ikke vedtatt.

Etter ca. 20 år med de samme saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker så man at det var behov for enklere, smidigere og mer fleksible regler. På grunnlag av dette ble Barnefordelingsprosessutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 3. oktober 1997. Resultatet av utvalgets arbeid ble NOU 1998:17; "Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bostad". På grunnlag av NOUen ble de nye saksbehandlingsreglene tilrådd av Barne- og familiedepartementet i Ot.prp. 29 (2002-2003), og trådte i kraft 1.4.2004.

⁴ op. cit. s. 5

⁵ NOU:1977 nr. 35, Ot. prp. nr. 62 1979-1980, Innst. O. Nr. 30 (1980-81)

⁶ NOU 1972:30 s. 71, sosialreformkomiteen s. 71

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen) ble ratifisert 8. januar 1991. Det ble ikke foretatt noen lovendringer i forbindelse med ratifiseringen og barnekonvensjonen ble dermed ikke gjenstand for aktiv innarbeiding.

I forbindelse med inkorporering av barnekonvensjonen i lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettighetsloven), fulgte et behov for å endre barneloven § 31. Ønsket var at de norske reglene skulle bli mer i samsvar med konvensjonen.⁷ Regjeringen ble bedt om å komme med forslag til hvordan dette kunne gjøres.

14. februar 2001 sendte Justisdepartementet ut et høringsnotat, ”Innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov”, som omhandlet ulike måter å innarbeide barnekonvensjonen på.⁸ I høringsbrevet ble høringsinstansene bedt om å komme med tilbakemeldning på hvordan man kunne styrke barnets rettigheter etter barnekonvensjonen. Det ble blant annet spurt om hvorvidt man burde senke den gjeldende aldersgrensen i bl. § 31 fra 12 år til 7 år. Departementet kjente ikke til forskningsmateriale på området som kunne gi noen veiledning på hva som kunne være en passende aldersgrense for å høre barn i denne type saker.⁹

Mange av høringsinstansene var positive til å senke grensen for barns alder fra 12 til 7 år. Dette var fordi de mente at det ville samsvare bedre med barnekonvensjonen og føre til at flere barn ble hørt. Det ble også understreket at dagens regelverk ikke kunne opprettholdes med den begrunnelsen at det manglet et apparat til å høre barna på en tilfredsstillende måte:

”...Barneombudet har ved en rekke anledninger gitt uttrykk for et ønske om å fjerne aldersgrensen for når barn skal høres for å presisere at barnekonvensjonen gir det enkelte barn en rett (ikke en plikt) til å høres og få sine synspunkter vektlagt i samsvar med dets alder og modenhet. Således har hvert barn krav på å bli hørt ut fra individuelle kriterier. Barneombudet ser likevel gode argumenter for å foreslå en aldersgrense, forutsatt at den er betydelig lavere enn någjeldende. Dette vil trolig bidra til at flere barn blir hørt enn det som er tilfelle i dag. Aksept av en nedre aldersgrense forutsetter at også yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter blir gitt praktiske muligheter til å bli hørt.”¹⁰

⁷ Menneskerettsloven, 21. mai 1999 nr. 30 § 2.4

⁸ Høringsnotat, <http://odin.dep.no/jd/norsk/dok/hoeringer/ferdigbehandlede/012001-080049/dok-bn.html>

⁹ op. cit. kapittel 4.3.6

¹⁰ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

Flere av høringsinstansene var negative til senking av aldersgrensen. JURK mente at spørsmålet om hvilken aldersgrense som ble valgt virket vilkårlig. Den Norske Advokatforening uttrykte at de ønsket en videreføring av gjeldende regler og grunnga dette med at barn under 12 år ofte ble hørt.

Ifølge Barne- og familiedepartementet ville en ubetinget rett for barnet til å uttale seg fra 7-års alder, være et effektivt virkemiddel for å sikre at barn blir hørt. De mente at en klar aldersgrense ville føre til at flere barn kommer til orde og forhindre usikkerhet om forståelse av bestemmelsen. Dette ville også kunne forhindre ulik praktisering av loven. Departementet mente dessuten at lovverket ville bli mer samstemt når lov om barneverntjenester av 17. juli 1882 nr. 100 (bvl.), lov om adopsjon av 28. februar 1986 nr. 8 (adl.) og barneloven opererte med den samme aldersgrensen.¹¹ På bakgrunn av dette ble ordlyden i barneloven § 31 endret.

1.4 Rettslig plassering

Utgangspunktet for hvem som tar avgjørelser for barnet følger av barneloven § 30. Det er den eller de som har foreldreansvaret, jf. bl. §§ 34 og 35, som har rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet, frem til barnet er 18 år.¹² Andre som har med barnet å gjøre er også bundet av denne regelen, for eksempel barnevern og skole.¹³

Foreldrenes rett og plikt som følger av bl. § 30, begrenses av bl. §§ 31-33.¹⁴ Det følger av bl. § 31 første ledd at barnet etter hvert som det blir i stand til å danne seg egne synspunkter, skal få større medbestemmelsesrett. Det skal legges vekt på hva barnet mener alt etter hvilken alder og modning barnet har.

Andre ledd i § 31 spesifiserer at barn over 7 år skal bli hørt før det blir tatt avgjørelser om personlige forhold for barnet, blant annet om hvem de vil bo hos, hvis foreldrene flytter fra hverandre. Det skal legges stor vekt på hva et barn over 12 år mener.

¹¹ op. cit. s. 61

¹² Vergemålsloven, 22. april 1927 nr. 3 § 1

¹³ Se lovkommentar til bl. § 31, Sandberg, *Karnov kommenterte lover, Lov om barn og foreldre (barnelova)* 8. april 1981 nr. 7

¹⁴ Annen lovgivning som også begrenser foreldrenes rett etter § 30, vil jeg av plasshensyn ikke komme inn på her.

Barna har en selvstendig rett til å velge sin egen utdanning ved fylte 15 år, jf. bl. § 32, mens det å flytte hjemmefra tradisjonelt sett blitt ansett å være en bestemmelse som ligger til foreldrene.¹⁵ Ofte er det å velge skole knyttet til å måtte flytte til et nytt sted og man kan derfor spørre seg om foreldrenes avgjørelsesmyndighet på dette området er forenlig med at barnet har en selvstendig rett til å velge sin egen utdanning. Ved fylte 18 år kan den myndige selv bestemme bosted.

Det heter i bl. § 32 at barnet selv kan melde seg inn og ut av foreninger ved fylte 15 år, og i lov om psykisk helse 2. juli 1999 nr. 62 (pshvl.) § 2-1 står det at den som har fylt 16 år har en selvstendig rett til å samtykke til frivillig psykisk helsevern.

Barneloven § 33 presiserer at foreldrene skal gi barnet større selvråderett etter hvert som de blir eldre og frem til det blir myndig. Dette skjer vanligvis automatisk i de fleste hjem, ved at foreldrene setter rammene for hva barnet selv får bestemme og utvider rammene gradvis.

Når foreldrene ikke bor sammen, og ikke blir enige om hvor barnet skal bo, oppstår det et spørsmål om hvem som skal velge på vegne av barnet. Denne avgjørelsen er lagt til domstolen, som skal fatte sin avgjørelse etter blant annet å ha snakket med barnet.

Reglene for barns medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett er fleksible og dynamiske. Målet for reglene er nettopp at de skal gjenspeile barnas naturlige utvikling.

1.5 Begrepsavklaring

1.5.1 Å høre barnet

Det finnes ingen legaldefinisjon på hva det vil si å høre et barn. Ordet kan ha mange betydninger, og det kan derfor være vanskelig å vite hva som ligger i det.

Den som skal høre barnet, kan gjøre dette på mange måter. Vedkommende kan selv spørre barnet eller observere det. Informasjon kan også hentes fra andre som har snakket med eller observert barnet.

¹⁵ Smith, *Barn og foreldre forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer* (2004) s.91

Det er den personen som utfører høringen som avgjør om barnet skal bli informert om at det blir hørt. Dette er avgjørende for om barnet har et reelt valg til å uttale seg eller ikke. Hvis barnet ikke blir informert, vil barnet bli gjenstand for passiv høring.

Innhenting av barnets uttalelser og adferd er avhengig av personligheten og kunnskapen til den som hører barnet. Tolkning av denne informasjon vil i hovedsak være avhengig av hvilken kunnskap den som tolker innehar.

Vanligvis er det slik at dommeren anser barnet for å være hørt hvis de selv eller noen de har oppnevnt har snakket med det. Barnet anses også hørt hvis foreldrene er enige om hva barnet ønsker.

Mangelen på klare retningslinjer fører til at barnets rett til å bli hørt vil variere fra sak til sak.

1.5.2 Barnets beste

I barneloven § 48 heter det at avgjørelser om foreldreansvar, om hvor barnet skal bo fast og om hvem som skal ha samværsrett, først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet. Regelen om barnets beste skal også være styrende for saksbehandlingen av saker i medhold av barneloven, jf. bl. § 48. Det finnes ingen standard for hva som er til det beste for alle barn, noe som gjør det vanskelig å skulle definere innholdet i begrepet barnets beste.

I barnets beste ligger det en forståelse av at hvert enkelt barn må sees for seg. Det er det enkelte barnet sitt beste som søkes klarlagt. Dette må veies mot andre momenter i den aktuelle saken, hva som er mulig for den enkelte familien, i forhold til søsken, om det er økonomisk gjennomførbart og andre aktuelle momenter. Når alle forhold er tatt i betraktning, skal den løsningen velges som vil være best for barnet. Den eneste retningslinjen for vurderingen av barnets beste finnes i barneloven § 31, hvor det står at barnet skal få lov til å uttale seg og at det skal tillegges vekt i samsvar med barnets modenhet.¹⁶

Man kan se det som barnets grunnleggende rettighet at når man skal kartlegge hva som er best for det, må man også la barnet få si hva det mener.

¹⁶ Sandberg, *Barnets beste : om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet* (1990)

Begrepet barnets beste er ikke entydig. Det vil alltid være forskjellige momenter som må tas i betraktning avhengig av hvilket saksforhold som skal løses. Begrepet signaliserer et ønske om å sette barnets interesser sentralt.¹⁷

1.6 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 vil jeg gå inn på de rettskildene som er aktuelle ved tolkning av barneloven § 31. Videre vil jeg i kapittel 3 redegjøre for hvordan barnet blir hørt. Oppgavens hoveddel er kapitlene 4, 5 og 6. Mens kapittel 4 og kapittel 5 omhandler spørsmålet om hvorvidt barnets rett til å bli hørt kan tilsidesettes, sier jeg i kapittel 6 noe om hvordan barnets stemme blir vektlagt i rettssystemet. I kapittel 7 vil jeg presentere egne betraktninger vedrørende oppgavens problemstilling.

¹⁷ op. cit.

2 RETTSKILDER OG METODE

2.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg redegjøre for hvilket rettskildemateriale som er mest aktuelt i forbindelse med å høre barn. Innsikt i kildene er et viktig grunnlag for den videre fremstillingen. I de tilfeller hvor det kommer opp spesielle metoderettslige spørsmål i forbindelse med bruk av kildene, vil dette bli behandlet der det faller naturlig.

2.2 Menneskerettighetene

I 1994 ønsket Stortinget å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett og vedtok Grunnloven § 110 c:

”Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Nærmere bestemmelser om Gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved lov.”

Innholdet i første ledd har mest vært betraktet som en prinsipperklæring.¹⁸ Andre ledd av bestemmelsen forutsatte at Stortinget skulle velge ut noen konvensjoner som skulle gjøres til norsk lov. Fem år senere ble Menneskerettighetsloven vedtatt. Denne inkorporerte de mest sentrale konvensjoner med protokoller, jf. § 2.¹⁹

Når en internasjonal konvensjon er inkorporert ved en intern rettsakt, er det ingen tvil om at den folkerettslige norm er et relevant argument.²⁰ At menneskerettighetene har fått grunnlovs beskyttelse gir inkorporerte traktater og konvensjoner ekstra vekt. Den internasjonale regelen får i utgangspunktet samme vekt som inkorporeringshjemmelen. Ved motstrid skal norsk rett stå tilbake

¹⁸ Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (1998) s. 318

¹⁹ Stortinget anså følgende konvensjoner som mest sentrale; Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) med protokoller, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) med protokoller, FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller. Jf. menneskerettighetsloven. § 2.

²⁰ Eckhoff, *Rettskildelære* (2001) s. 310

for barnekonvensjonen, jf. menneskerettighetsloven. § 3.²¹ De internasjonale menneskerettighetsorganer har i sin praksis lagt stor vekt på at menneskerettighetene skal tolkes slik at deres formål blir effektivt tilgodesett.²²

2.2.1 Barnekonvensjonen

Justis- og politidepartementet mente i 1994 at barnekonvensjonen ikke hadde en naturlig plass i menneskerettighetsloven fordi de anså konvensjonen som en særregulering av rettigheter som allerede var beskyttet av de mer generelle konvensjoner.²³ Barnekonvensjonen ble 1. oktober 2003 likevel inkorporert i norsk rett, etter et ønske om å styrke barnets rettsstilling. Barnekonvensjonen har betydning ved tolkning og anvendelse av de norske lovene på barnerettens område. Konvensjonen må tolkes etter internasjonale tolkningsregler.

Originaltekstene er på engelsk og fransk. Jeg har valgt å forholde meg til den engelske teksten både fordi dette er primærkilden, men også fordi det finnes forskjellige oversettelser på norsk. Oversettelsen på Lovdata, særtrykket utgitt fra Barne- og familiedepartementet og teksten som finnes i lovboken har ikke identisk innhold. Dette understreker viktigheten av å holde seg til en av de originale tekstene.

Etter barnekonvensjonens art. 43, skal det opprettes en komité for barnets rettigheter (Komiteen). Komiteen skal utføre de oppgaver som følger av konvensjonen. Blant annet skal de land som har ratifisert barnekonvensjonen sende inn periodiske rapporter til Komiteen hvert 5 år.²⁴

I retningslinjene for disse rapportene er barnekonvensjonen klassifisert i åtte tema. Ett av disse tema er de generelle prinsippene. De generelle prinsippene er art. 3 om barnets beste, art. 12 om barnets rett til å bli hørt, art. 6 om barnets rett til liv og art. 2 om diskriminering.²⁵ Komiteen ber eksplisitt om at medlemmene tar hensyn til de generelle prinsippene ved utarbeidelse av sine rapporter, også

²¹ Det har blitt diskutert hvordan man på forhånd kan gi en lov forrang på denne måten. Tradisjonelt ville det være riktigst å gi en slik lov grunnlovs rang, hvis ønsket var å gjøre den *lex superior*. Diskusjonen tas ikke her, men jeg henviser til op. cit. s.310 for en mer utfyllende diskusjon.

²² Opsahl, *Internasjonale menneskerettigheter : en innføring* (1996)

²³ NOU 1993:18

²⁴ Første gang innen to år etter at konvensjonen trer i kraft, deretter hvert 5 år, jf. Art. 44

²⁵ Detrick, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (1999) s. 23

når de skal redegjøre for de øvrige artiklene i konvensjonen.²⁶ En intensjon er at det i større grad skal legges vekt på barnets synspunkter og interesser.

Det er art. 12 om barnets rett til å bli hørt og art. 3 om barnets beste som vil kunne være egnet til å belyse min problemstilling.

2.2.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (emk.) art. 8 omhandler beskyttelsen av familieliv. Hvis et inngrep ikke skal komme i strid med bestemmelsen, må det være nødvendig i et demokratisk samfunn. En problemstilling som kan oppstå ved anvendelse av art. 8 er hvis barnets og foreldrenes interesser strider mot hverandre.

2.3 Barneloven

Det sentrale utgangspunkt for barnets rett til å bli hørt er bl. § 31. Denne og de andre bestemmelsene som utfyller regelen, bl. §§ 30 – 32 er redegjort for tidligere, i kapittel 1.3.

De nye saksbehandlingsreglene i barneloven søker å tilrettelegge for at domstolen skal løse konflikten mellom foreldrene. Etter bl. § 59 skal dommeren på hvert trinn i saken vurdere om det er mulig å oppnå forlik mellom partene. Advokatene skal etter bl. § 49 vurdere om det er mulig for partene å komme frem til en løsning. Vanligvis vil retten oppnevne en sakkyndig etter bl. § 61 nr. 1, ofte en psykolog, til å rådføre seg i arbeidet. Formålet med å trekke inn sakkyndig bistand så tidlig under saksforberedelsen er ønsket om at konflikten skal løses ved en avtale mellom foreldrene.²⁷

Det er et viktig trekk ved de nye saksbehandlingsreglene at domstolen skal forsøke å finne en løsning som er egnet til å forsone klienten med motparten. Hvis partene har vært med på prosessen frem til en enighet, vil resultatet kunne gi økt følelse av ansvar og vilje til å følge opp avgjørelsene.

²⁶ op. cit.

²⁷ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 88

2.4 Forarbeidene til barneloven

De mest aktuelle forarbeidene til barneloven § 31 er høringsnotatet av 14.2.2001 og Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), se kapittel 1.2.2.²⁸ Forarbeidene gir liten veiledning med hensyn til forståelsen av barnekonvensjonen og vil derfor kunne ha noe begrenset rettskildemessig verdi på området.

Det kan være interessant å hente informasjon fra de gamle forarbeidene til barneloven, fordi disse i større grad tar opp hvilken alder som burde velges ved en eventuell senking av aldersgrensen for å bli hørt i personlige saker. Som referert under kapittel 1.2.2 ble det å senke aldersgrensen til 7 år første gang fremsatt av Sosialreformkomiteen i 1972.²⁹ I NOU 1977:35, Ot.prp. 62 (1979-1980) og Inst.O. nr. 30 (1980-1981) blir spørsmålet behandlet videre, men konklusjonen var som tidligere skrevet at det ikke ble noen endring av aldersgrensen. Begrunnelsen for å senke alderen for å bli hørt til 7 år var forbundet med at barn da begynte på skolen.

”Etter utvalgets mening er det en viktig side ved foreldreansvaret at barnet føler det kan legge frem sine problemer for foreldrene og få råd og forståelse fra dem... Særlig når barnet vokser til og kommer i skolealderen, må hovedvekten i foreldreansvaret legges på dette, og ikke på at foreldrene selv skal bestemme.”³⁰

Hvis denne diskusjonen hadde vært tatt i dag, kunne man tenke seg at aldersgrensen ville ha blitt satt til nåværende skolealder, 6 år.

2.5 Rettspraksis

Høyesterett har ikke avsagt mange dommer og kjennelser etter at den nye loven trådte i kraft. De gamle dommene på området har fortsatt verdi, blant annet fordi de inneholder kriterier og vurderinger knyttet til høring av barn.

I barneretten skal det foretas en konkret prøving av det enkelte barns beste i hver sak. Et moment som har en viktig rolle i en sak kan ha marginal betydning i en annen.³¹ Det er likevel viktig å

²⁸ Høringsnotat 14.2.2001

²⁹ NOU 1972:30 s. 71, sosialreformkomiteen s. 74

³⁰ NOU 1977:35, Lov om barn og foreldre (barneloven) kapittel V 6.4 ,

³¹ Smith, *Barn og foreldre forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer* (2004), Innst. O. Nr. 30 (1980-81) s.14

poengtere at Høyesterett har foretatt verdifull tolkning av loven. Rettspraksis kan brukes som kilde for rettslig argumentasjon, men avgjørelsen skal treffes ut fra de konkrete forhold i hver enkelt sak. Det kan være vanskelig å fastsette hva som for eksempel er til barnets beste. Gjennom sin praksis har Høyesterett lagt til grunn en del momenter som skal være med i vurderingen. Disse momentene er blant annet barnets mening, risiko ved miljøskifte, best mulig samlet foreldrekontakt, følelsesmessig tilknytning til hver av foreldrene, tilknytning til søsken, stabile forhold i hjemmet og omsorgsmuligheter fremover.³²

For at avgjørelsen skal kunne fattes i tråd med hva som er best for barnet, er det slik situasjonen fremtrer i dag som skal legges til grunn ved avgjørelsen. Dette i motsetning til andre rettsområder hvor dommeren skal ta utgangspunkt i situasjonen slik den var da den aktuelle konflikten oppstod.

2.6 Informasjon fra Barne- og familiedepartementet

De store endringer som har skjedd på barnerettens område de siste årene, har medført at Barne- og familiedepartementet har sett behovet for å gi ut informasjon til barn, foreldre og fagpersoner som er involvert i barnefordelingssaker.

Veilederen Q-15/2004 ”Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn”, skal være til hjelp for de som jobber med barnefordelingssaker for domstolene.³³ Den er laget ved samarbeid av fagpersoner fra Dommerforeningen, Advokatforeningen, Psykologforeningen, Domstolsadministrasjonen og Barne- og familiedepartementet. Veilederen inneholder mye stoff for de som skal anvende de nye saksbehandlingsreglene. I veilederen gis det noe informasjon om barns psykologi, ment som hjelp og rådgivning for de som skal ha samtale med barna.

I et åpent møte mellom advokater, psykologer og dommere hvor de nye saksbehandlingsreglene var tema, hadde mange av deltagerne med seg veileder Q-15/2004.³⁴ Dette kan tyde på at også juridisk utdannede personer bruker veilederen i saker etter barneloven.

³² Veileder Q-15/2004 kapittel 2.3.2

³³ op. cit

³⁴ ”Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker, et debattmøte”, Arrangert av Rikke Lassen og Terje Galtung, Juristenes Hus 12.01.05

Barne- og familiedepartementet har også gitt ut to brosjyrer skrevet for foreldre og barn som opplever en skilsmisse. Den ene er ment for barna: "Hva med min mening da", den andre er laget til foreldrene: "Barns rett til å bli hørt ved samlivsbrudd".³⁵ Fokus i brosjyrene er barn og deres rettigheter i situasjonen. Brosjyren som er skrevet til barna er i hovedsak informasjon om hva som skjer når foreldrene har bestemt seg for å flytte fra hverandre. Det står også noe om de rettighetene barnet har i en slik situasjon. Formålet med brosjyren som er laget til foreldrene er å gi informasjon om hvilke rettigheter barnet har når det skal bestemmes hvor barna skal bo og hvilken løsning som skal velges i forbindelse med samvær. Brosjyren gir også råd og veiledning til foreldre om hvordan de kan snakke med barna sine om dette.

Denne type informasjon vil ofte være den første som leses av foreldre som skal flytte fra hverandre og kan derfor ha stor påvirkningskraft i forhold til hvordan de forholder seg til barnas rettigheter og egne plikter.

Den informasjon som kommer fra departementene er ikke juridisk bindende, men kan likevel ha verdi når loven skal tolkes.³⁶ Det er nærliggende å tro at den informasjon som blir distribuert fra Barne- og familiedepartementet, er ment å være korrekt, og at det etter Departementets syn ikke vil stride mot noe av det som er oppført i loven.

2.7 Litteratur

"Barn og foreldre" av Lucy Smith og Peder Lødrup er en sentral bok på barnerettens område. Boken er revidert 6 ganger siden 1981 og er anbefalt litteratur for studenter ved fakultetet, som skal ta barnerett. I denne boken skrives det kun generelt om barnets rett til å bli hørt.³⁷

I "Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål" presenterer Lucy Smith en artikkel som kritiserer en kjennelse av Høyesterett, publisert i Rt. 2004 s. 811, hvor barnets beste ble tatt i betraktning ved spørsmålet om et barn skulle få uttale seg.³⁸ I samme utgave har Nils

³⁵ Q-1069, Q-1070

³⁶ Eckhoff, *Rettskildelære* (2001) s. 233 flg.

³⁷ Smith, *Barn og foreldre : forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer* (1998)

³⁸ Smith, *Barnets beste og barnets uttalerett, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, Nr. 3-4/2004/årgang 2 (2004)

Dalseide skrevet en artikkel om de nye saksbehandlingsreglene.³⁹ Dette er to artikler som jeg vil komme tilbake til.

2.8 Reelle hensyn

Et reelt hensyn som kan være aktuelt i forbindelse med tolkning av bl. § 31 er barnets beste. Andre reelle hensyn man kunne ha tenkt seg er hensynet til foreldrene. Fordi lovgiver har tatt et klart standpunkt til hvem som skal være i fokus gjennom § 48, vil det ikke være aktuelt å sette hensynet til foreldrene foran barnet.

I barneloven § 48 har lovgiver lovfestet barnets beste som avgjørelseskriterium. Ved avgjørelser som omhandler hvem som skal ha foreldreansvaret, hvor barnet skal bo fast og ved samvær, skal avgjørelsen først og fremst rette seg etter det som er best for barnet. Det samme gjelder saksbehandlingen i disse sakene. Kriterier som domstolen ser på i denne forbindelse er blant annet barnets eget ønske, tilknytning til foreldre og miljø, stabile forhold i fremtiden og søskenkontakt. Denne regelen må ikke forveksles med barnets beste som reelt hensyn ved tolkningen.

Hvis domstolen er i tvil om tolkning av en regel i barneloven, vil reelle hensyn kunne komme inn som tolkningsregel.⁴⁰

I saksbehandlingsregelen i bl. § 63 nr. 4, hvor det står at dommeren kan gjennomføre samtaler med barnet, henvises det til bl. § 31. Kriteriet i bl. § 48 vil derfor legge føringer på gjennomføringen av å høre barnet. Hvis barnet har en absolutt rett til å bli hørt etter § 31, vil barnets beste bare være styrende for hvordan man utfører høringen av barnet. Det er imidlertid et spørsmålet om barnets beste i tillegg kan komme inn i tolkningen som reelt hensyn, og på den måten svekke barnets rett til å bli hørt.

Dette kunne tenkes å være aktuelt i tilfeller hvor barna i ekstrem grad har blitt trukket inn i foreldrenes konflikt og domstolen ser at det vil være en belastning for barnet å i det hele tatt skulle ta stilling til om det vil uttale seg. Dette spørsmålet vil bli behandlet i kapittel 5. Hensynet til barn i liknende saker er også et mulig hensyn som vil bli behandlet samme sted.

³⁹ Dalseide, *Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003. Noen utvalgte problemstillinger* (2004)

⁴⁰ Sandberg, *Barnets beste : om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet* (1990), Rt. 1987 s. 728

3 HVORDAN BARNET BLIR HØRT

3.1 Innledning

Loven beskriver ikke hvordan samtalen med barnet skal skje. Barnekonvensjonen gir heller ingen anvisning på hvordan man skal høre et barn. Hvordan gjennomføring skal skje er overlatt til hvert enkelt medlemsland. Det som derimot kreves gjennom barnekonvensjonen er at der det foreligger retningslinjer for hvordan man skal høre et barn og hvem som skal gjennomføre samtalen, skal dette skje på en måte som er egnet til å få frem barnets mening.⁴¹ I veileder Q 15/2004 er det skrevet om hvordan man kan gjennomføre en høring av barn.

3.2 Kunnskapsgrunnlag hos den som hører barnet

Når konflikten skal løses av retten, vil det ofte være en psykolog som skal høre barnet, men det kan også være andre med eller uten barnefaglig kompetanse, som pedagoger, advokater eller ansatte i barnevernet, som skal høre barnet. Noen ganger snakker dommeren selv med barnet. Det foreligger ingen formelle krav til opplæring i å høre barn. Siden dommere får saker innenfor alle rettsområder, vil kun et fåtall tilfeller hvert år omhandler barnerettslige spørsmål.⁴² Denne praksis er nå i endring. Forarbeidene til de nye saksbehandlingsreglene antyder at kanalisering av barnefordelingssaker til spesielt interesserte dommere kan være en fordel. En slik ordning vil være med på å øke kompetansen til den enkelte dommer på barnerettens område. Dette er fulgt opp gjennom Veilederen som er gitt ut i forbindelse med de nye saksbehandlingsreglene.⁴³

I rettssaker hvor foreldrene er enige om hva barnet ønsker, eller hva som vil være best for barnet, vil dommeren vanligvis legge foreldrenes syn til grunn og ikke formelt høre barnet.⁴⁴ En grunn til at dommeren kan være tilbøyelig til å godta foreldrenes mening om hva barnet ønsker, kan være at foreldrene er enige om dette til tross for at de er midt i en konflikt. Dommeren vil i disse tilfellene legge til grunn at foreldrenes kunnskap om barnet er god nok og ta det standpunkt at det foreldrene sier faktisk er forenlig med det barnet mener.

⁴¹ Alston, *The Best interests of the child : reconciling culture and human rights* (1994) s. 151

⁴² Høringsnotat, kapittel 4.3.6. "I Oslo byrett hadde dommerne i perioden 1.1 98 til 1.3.99 i gjennomsnitt 1.8 saker hver etter barneloven som kom til hovedforhandling."

⁴³ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), Veileder Q-15/2004

⁴⁴ Se kapittel 4.3

3.3 Fremgangsmåte i forbindelse med at barnet skal høres

Når foreldrene går fra hverandre og ikke klarer å komme til enighet om hvor barnet skal bo, må retten avgjøre dette. Etter barneloven § 36 kan det avtales at barnet skal bo fast hos begge. Hvis foreldrene ikke kan bli enige om dette, må retten avgjøre at barnet skal bo fast hos den ene, jf. bl. § 36 andre ledd.

De nye saksbehandlingsreglene søker å sikre barnets rett til å bli hørt. Reglene er utformet slik at dommeren kan ta ulike virkemidler i bruk avhengig av den enkelte sak og det enkelte barn. Etter bl. § 61 nr. 4 kan dommeren gjennomføre samtaler med barnet jf. bl. § 31. Retten har også mulighet til å oppnevne en sakkyndig eller en annen person til å hjelpe seg med å gjennomføre samtaler med barnet. Det er også mulig å la den sakkyndige ha samtaler med barnet alene. Vanligvis er det opp til den som skal ha samtalen å avgjøre hvordan gjennomføringen skal foregå. Frem til dom har falt vil ikke manglende høring av barnet være en saksbehandlingsfeil. Hvis barnet ikke blir hørt, vil avgjørelsen være beheftet med en saksbehandlingsfeil som kan medføre opphevelse av dommen.⁴⁵

Retten kan i særlige tilfeller oppnevne en advokat eller en annen representant, til å ta vare på barnets interesse i saken. Den som er oppnevnt kan ha samtaler med barnet og skal gi slik støtte og informasjon som er naturlig, jf. bl. § 61 nr. 5. Retten har etter § 61 nr. 6 også mulighet til å innhente uttalelser fra barnevernet og sosialtjenesten der hvor det trengs.

I veileder Q-15/2004 står det at barnet har en rett, men ikke en plikt til å uttale seg og at det skal tilrettelegges for at barnet kan gi uttrykk for sine synspunkter dersom barnet selv ønsker det.

3.4 Samtalen

3.4.1 Barns opplevelse av samtalen

Det gir store praktiske utfordringer å skulle tyde et barns ønske. Hvis man tar utgangspunkt i at barnet er i stand til å uttale sitt ønske, vil kvaliteten på informasjon likevel være tolket av den som har foretatt samtalen med barnet, og derfor ha en viss grad av subjektivitet.

⁴⁵ Se blant annet Rt. 2004 s. 811 , Smith, *Barn og foreldre forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer* (2004)

Spesialist i klinisk psykologi, Kirsti Ramfjor Haaland påpeker at vi hele tiden må ha ”...de voksnes maktposisjon og barns avhengighet i mente” når det gjelder barns opplevelse av samtalen.⁴⁶

Ubalanse i maktforholdet mellom foreldre og barn leder i praksis til at barn ikke er frie til å uttale seg i samtaler som dreier seg om omsorg og samvær.

Barns opplevelse av samtalen avhenger også av konteksten.

” En samtale der barns utsagn kan føre til at de blir ansvarlige for å ekskludere den ene av foreldrene, fordi de indirekte er bedt om å velge omsorg og samværsforeldre, er helt forskjellig fra en situasjon hvor barnet fritt kan fortelle en venninne hvor ”kjip” mor eller far er.”

Haaland forteller at hun i sin praksis har møtt mange barn som har blitt forledet til å si noe i en kontekst hvor meningsinnholdet senere har blitt brukt i en annen sammenheng uten barnets samtykke.

Ofte er det slik at foreldrene i sitt ønske om å skåne barna gir det mangelfull og sporadisk informasjon, noe som er avgjørende for hva barnet sier.

3.4.2 Samtalesituasjonen

Med en lovbestemmelse som sier at man skal høre barn helt ned til syv år er det svært viktig at de som skal snakke med barna har god nok kunnskap om barn og om lovens intensjon. Loven er en rett for barnet og ikke en plikt. Hvis barnet tror det har en plikt til å uttale seg, vil barnet kunne føle at det bør komme med en mening, og kan komme til å føle press i situasjonen. Man finner vanskelig frem til det som er best for barnet hvis man tvinger barnet til å ha en mening.

Barnets uttalte ønske kan være influert ikke bare av alder og modenhet, men også av hva de tror at foreldrene helst vil at de skal si. Det kan også være vanskelig å få barna til å forstå valget mellom tilgjengelige alternativer.⁴⁷ Særlig små barn vil kunne ha problemer med å se konsekvensene av de valg de ønsker.

⁴⁶ Haaland, *Barnet i skilsmissen : et barneperspektiv på familieomforming* (2002) s. 54

⁴⁷ Alston, *The Best interests of the child : reconciling culture and human rights* (1994)

Det er viktig at de som skal ha samtalen er tillitvekkende for barna og at de har mye kunnskap om barn og deres utvikling. Vedkommende bør kjenne til barns reaksjonsmønster, for eksempel kunne gjenkjenne hvorvidt barnet er taust fordi dets personlighet er slik, eller fordi det er et uttrykk for redsel.

I tillegg til at personen som skal samtale med barnet er dyktig, bør selve situasjonen rundt barnet ligge til rette for gode avhør. I rommet hvor samtalen foregår kan det for eksempel spille en viss rolle om det er for mange leker som kan ta barnets konsentrasjon, eller om rommet er så sterilt at barnet har vanskelig for å føle seg avslappet og trygg.⁴⁸ Viktigheten av de ytre omstendighetene vil avhenge av barnets alder og generelle trygghet.

Veilederen gir informasjon om hvordan barna kan reagere. Det presiseres at den som hører barnet skal være varsom med å foresterke barnets opplevelse av konflikt, at det er viktig at barnet har forstått informasjonen riktig og at det skal søkes å motvirke at barna opplever ansvar for foreldrenes konflikt.

3.4.3 Barnets ansvarsfølelse overfor foreldrene

Barn vil lett føle ansvar i en konfliktsituasjon mellom foreldrene og kan føle dårlig samvittighet og skyldfølelse ved å ha valgt den ene forelder. Barnet er sårbart for press fra foreldre som ønsker at barnet skal ta deres side og kan være redd for negative reaksjoner fra den forelder det ikke har valgt. Hvor mye ansvar barnet tar for utfallet av rettssaken avhenger av kvaliteten på gjennomføringen av høringen.

I boken ”Skilsmissens mange ansikter” har Aina Lian Flem foretatt en undersøkelse om barns skjulte ansvar for foreldre etter skilsmissen.⁴⁹ På grunnlag av sitt materiale ser Flem det slik at mange barn har som prosjekt å ta ansvaret for sine foreldre etter en skilsmisse. Barnas bekymring oppstår når de oppfatter at foreldrene er lei seg, at det kommer i negativt lys overfor andre, eller at det ikke er rettferdighet mellom foreldrene. I samhandling med andre forsøker barna å handle slik at de skjuler det ansvaret de tar for foreldrene. For barna kan dette medføre stress, dårlig samvittighet eller tristhet.

⁴⁸ Vis, *Samtaler med barn i barnevernet* (2004)

⁴⁹ Moxnes, *Skilsmissens mange ansikter : om barns og foreldres erfaringer med skilsmisse* (2001) s. 64

For at barn skal kunne trekke kunnskap ut fra sine opplevelser, er de avhengig av å kunne formidle det de har opplevd til andre som kan akseptere og forstå.⁵⁰ I det barna beskytter foreldrene, medfører dette at deres egne opplevelser holdes hemmelige. En forutsetning for at barna skal kunne reflektere over og håndtere de følelsene som er forbundet med ansvaret, er at de må oppleve anerkjennelse for egne tanker og følelser.⁵¹ Barnet trenger noen å snakke med for selv å få bearbeidet sine følelser. Hvis dette ikke blir gjort på en skånsom måte, vil barnet med stor sannsynlighet beskytte foreldrene fremfor å snakke om ting som hadde vært godt for dem selv.

3.4.4 Barnets behov for å bli hørt

En undersøkelse av britiske barnehjemsbarn foretatt av Nigel Thomas viser at det viktigste for barna er å bli hørt, ikke nødvendigvis å få det slik som de ønsker. Det viser seg også at barna oftere blir hørt i forbindelse med spørsmål som er av forholdsvis mindre alvorlig karakter og jo viktigere avgjørelsen er for barnet, dess sjeldnere ser de ut til å bli spurt. Hvis den som snakker med barnet er enig med det, ser man på barnet som ansvarlig og modent, mens hvis barnets mening strider mot den voksnes, vil tendensen være at barnet blir oppfattet som uansvarlig og umodent.⁵²

Dette betyr ikke at prosessen med å la barnet få si sin mening er bortkastet. Barna i Thomas sin undersøkelse rangerte det å bli hørt på som viktigere enn det å få viljen sin.

3.5 Oppsummering

Når et barn skal bli hørt er det altså en rekke hensyn som må tas. Det som er påpekt i dette kapittelet er bare noen av de problemstillinger som kan oppstå. Når barnet skal høres kreves det stor innsikt både i barns psyke og utvikling slik at gjennomføring av samtalen ikke blir for belastende for barnet. Klare krav til gjennomføring av samtalene vil kunne beskytte barna bedre.

⁵⁰ op. cit. s.65

⁵¹ op. cit. s.73

⁵² Thomas, *Children, family and the state : decision-making and child participation* (2000)

4 KAN BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT TILSIDESETTES?

4.1 Innledning

Dette og neste kapittelet omhandler spørsmålet om hvorvidt barnets rett til å bli hørt kan tilsidesettes og hvem som i tilfelle kan tilsidesette denne retten.

4.2 Når barnet velger å ikke bli hørt

Overskriften i bl. § 31 er ”Rett for barnet til å vere med på avgjerd”. Barnet har en rett og ingen plikt til å si noe. Etter andre ledd ”skal” barnet få si sin mening. I dette ligger en plikt for voksne som barnet bor hos eller som har med barnet å gjøre til å høre barnet, men ingen plikt for barnet til å måtte si noe. Barnet vil derfor etter ordlyden og naturlig forståelse av lovteksten kunne velge ikke å bli hørt.

I forarbeidene heter det at en senkning av aldersgrensen for retten til å bli hørt innebærer store utfordringer i forhold til å hindre at det skapes uønsket press på barna. Barna skal ikke føle at de må ta stilling i foreldrenes konflikt. Det er kun i de tilfellene hvor barnet selv ønsker å gi uttrykk for sine synspunkter at det skal tilrettelegges for det.⁵³

I ”Implementation handbook for the Convention on the Rights of the child” (håndboken) som er skrevet av nåværende og tidligere medlemmer av Komiteen, er det understreket at barnet ikke er nødt til å uttrykke sin mening: ”...it is important to emphasize that there is no requirement that the child express views.”⁵⁴

I håndboken står det at barnet ikke må bli fratatt retten til å bli hørt, om det ikke klart vil være ute av stand til å forme sine meninger. Man må også søke å sikre retten i situasjoner hvor barnet er i stand til å ha egne meninger, men ikke i stand til å direkte kommunisere dem.⁵⁵

At barnet er både ungt og umodent tar ikke fra dem retten etter barnekonvensjonen, men det kan være vanskeligere for barnet å forstå rekkevidden av de ønskene det har. I denne forbindelsen gjelder dette også evnen til å velge bort retten til å bli hørt.

⁵³ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

⁵⁴ Newell, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child* (1998) s.150

⁵⁵ op. cit.s. 149

I barnekonvensjonen artikkel 12, heter det:

”States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child.”

Dersom et barn blir presset eller manipulert, vil det ikke være i stand til å gi fritt uttrykk for sine synspunkter. Dette krever igjen at den som samtaler med barna, er i stand til å formidle de rettighetene barnet har, også at det kan velge å ikke uttale seg.

I Finland og Norge har det utviklet seg en praksis med at mindre barn ikke har blitt hørt. Komiteen har i en diskusjon med Finland skrevet at det ikke er loven som trenger endring, men praksis i forbindelse med høringen av barn.⁵⁶

“Respect for the child’s views requires the worker to have the time and the ability to listen to the child and to interpret the child’s message. This cannot be achieved by changing the law. It requires changes among those working with children: in their attitudes, training, organization of work, as well as in consultation practices.”

I håndboken heter det: ”No minimum age is attached to the obligation to ascertain the child’s views ...”⁵⁷ Konvensjonen støtter altså ikke at land innfører en minimumsaldersgrense for å høre barn slik vi har gjort i Norge.

4.3 Foreldrenes tilsidesettelse av barnets rett til å bli hørt

Foreldre som flytter fra hverandre og trenger rettens hjelp til å løse konflikter som oppstår, kan likevel være enige om hva barnet mener, enige om hvor barnet skal bo eller de kan være enige om hvor barnet vil få det best. I noen av disse tilfellene vil dommeren legge dette til grunn i rettssaken og avstå fra å høre barnet.

I Barne- og familiedepartementets utarbeidede veileder Q-15/2004, kapittel 6.1 fjerde avsnitt heter det:

⁵⁶ op. cit., s. 149

⁵⁷ op. cit.

”I en del saker vil det være slik at foreldrenes opplysninger om barnets syn kan legges til grunn, forutsatt at de er enige om hva barnet mener og ikke andre forhold tilsier at barnet likevel bør høres.”⁵⁸

I Kristin Skjørten sitt forskningsprosjekt ”Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste” skriver hun at hvis foreldrene er enige om hva barnet ønsker, får ikke barnet uttale seg i en rettssak:

”...I tillegg var det et par saker hvor partene var enige om barns ønsker, og dette ble lagt til grunn i dommen.”⁵⁹

Leder av utvalget som skrev NOU 1998:17, Nils Dalseide, skriver i en artikkel om de nye saksbehandlingsreglene:

”Dersom foreldrene er enige om hva barnets mening er på det aktuelle tidspunktet, og retten finner det bevismessige grunnlaget for den betryggende, vil det normalt ikke være nødvendig med egne samtaler med barnet om dette.”⁶⁰

Praksis fra Høyesterett, Dalseide sin artikkel og Veilederen fra Barne- og familidepartementet, viser at foreldrene kan velge bort barnets rett til å bli hørt. I disse tilfellene kan man spørre seg om barnets rett blir tilstrekkelig ivaretatt.

4.4 Kan domstolen tilsidesette barnets rett til å bli hørt

En side av spørsmålet om i hvilken grad domstolen kan velge bort barnets rett til å bli hørt, dreier seg om i hvilken grad barnets beste er egnet til å fortrenge denne retten og vil bli behandlet i kapittel 5. En annen side av dette spørsmålet er i hvilken grad barn som er yngre enn 7 år har en rett/mulighet til å uttale seg. Det vil være opp til domstolen å avgjøre om et så lite barn har den modenhet som skal til for å bli hørt.

4.5 Vurdering

I håndboken anbefales ingen nedre aldersgrense for å høre barn, likevel har Stortinget bestemt at vi skal ha en 7-års grense. Denne grensen er ikke ment som et hinder for at yngre barn også skal kunne få uttale seg, men det er sannsynlig at så lenge vi har en slik aldersgrense, vil mange barn som ville

⁵⁸ Q-15/2004

⁵⁹ Skjørten, *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste* (2001) Kapittel ”Barnets ønske”, andre avsnitt.

⁶⁰ Dalseide, *Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov* 20. juni 2003. Noen utvalgte problemstillinger (2004) s. 208

ha blitt hørt etter barnekonvensjonen art. 12, ikke bli hørt. I disse tilfellene vil barnets rett til å bli hørt i praksis bli tilsidesatt av lovbestemmelsen.

Når foreldrene kan enes seg imellom om hva barnet ønsker svekker dette barnets rett til å bli hørt, i tillegg til at man kan risikere at foreldrene tar feil av hva barnet ønsker. Det er ofte i de tilfellene hvor foreldrene kan enes om hva barnet ønsker, at konflikten er minst mellom foreldrene og at det å bli hørt i mindre grad vil kunne skape lojalitetskonflikt hos barnet.

Forskning viser at det viktigste for barnet er følelsen av å bli hørt, ikke at de får viljen sin.⁶¹ Dette viser at det er viktig at alle barn som ønsker det blir hørt. At den retten barnet har fått etter loven så enkelt kan settes til side, viser noe om hvor skjøre barns rettigheter kan være.

⁶¹ Thomas, *Children, family and the state : decision-making and child participation* (2000)

5 KAN BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT TILSIDESETTES AV HENSynet TIL BARNETS BESTE?

5.1 Innledning

Er det slik at barnet alltid skal høres i en barnefordelingssak, eller vil denne retten kunne innskrenkes til fordel for barnets beste? Det å få si sin mening er bare et gode for barnet hvis det ikke går utover barnets rett til beskyttelse. Dette illustrerer hvordan barnets beste og barnets selvbestemmelse kan oppfattes å være motstridende.⁶²

5.2 Barnekonvensjonen

I barnekonvensjonen blir det fremhevet at barn må bli betraktet som aktive subjekter med rettigheter. Barnekonvensjonen understreker barnas status som individer med grunnleggende menneskerettigheter, egne følelser og meninger.⁶³ De viktigste artiklene i denne sammenheng er art. 12, barnets rett til å uttrykke seg, art. 14, frihet til å tenke, ha samvittighet og religionsfrihet samt art. 15, barnets organisasjonsfrihet.⁶⁴

Barnets rett etter art. 12 gir ikke i seg selv en rett til selvbestemmelse, men til å bli involvert i avgjørelser. Det er ikke bare retten til å få uttrykke sin frie mening som er gitt etter art. 12. Barnets syn skal også, alt etter sammenhengen, gis passende vekt. Barnet gis her en aktiv deltagelse som subjekt med rettigheter etter barnekonvensjonen.⁶⁵

Det viktigste er at barnets syn kommer frem, det er nettopp det å bli hørt som er viktig. Dette prinsippet må ikke blandes med forpliktelsen i art. 3, hvor medlemslandene skal forsikre at barnets beste alltid skal tas i betraktning ved enhver handling som vedrører barn.⁶⁶

⁶² Vis, *Samtaler med barn i barnevernet* (2004) s. 10

⁶³ Alston, *The Best interests of the child : reconciling culture and human rights* (1994) s. 145

⁶⁴ op. cit. s. 145

⁶⁵ op. cit.s. 145

⁶⁶ op. cit.s. 151

Etter barnekonvensjonen skal barnet høres. Det heter i "Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child": "...States cannot quote the best interests principle to avoid fulfilling their obligations under article 12."⁶⁷ Det åpnes ikke for at barnet ikke skal høres; å bli hørt er en absolutt rettighet etter barnekonvensjonen art. 12. Det er måten barnet skal høres på som må gjøres slik at det er til det beste for barnet.

I barnekonvensjonens art. 3 heter det "In all actions concerning children... the best interests of the child shall be a primary consideration.". "In all actions" kan tolkes slik at det ikke er noen situasjon hvor barnets beste ikke skal bli tatt hensyn til. Ordene "primary consideration" gir lite rom for tolkning, og understreker at barnets beste skal stå sentralt. Ut fra denne ordlyden kan det i art. 3 se ut som det er et absolutt krav å prioritere barnets beste fremfor andre rettigheter barnet måtte ha.

I UNICEF sin bok om implementering av barnekonvensjonen heter det på side 37 at forståelsen av barnets beste ikke kan overkjøre noen av de andre rettighetene som er garantert ved andre artikler i konvensjonen.

"Interpretations of the best interests of children cannot trump or override any of the other rights guaranteed by other articles in the Convention."⁶⁸

Det presiseres videre at tolkning av barnets beste ikke fratar barnet rettigheter som er garantert etter barnekonvensjonen:

"States Parties cannot interpret best interests in an overly culturally relativist way and cannot use their interpretation of "best interest" to deny rights now guaranteed to children by the Convention...."⁶⁹

I barnekonvensjonen er det noen områder hvor det ikke tas tilstrekkelig hensyn til prinsippet om barnets beste. Regelverket er utilstrekkelig når det gjelder å ta hensyn til barnets beste i forbindelse med barns inngåelse av ekteskap, barnearbeid og vitneforklaring. Det samme gjelder problemstillinger som er aktuelle i forbindelse med hvordan barn takler situasjoner som

⁶⁷ op. cit.s. 149

⁶⁸ Newell, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child* (1998)

⁶⁹ op. cit. s. 40

varetekstsfengsling, institusjonalisering, og barn som er flyktninger.⁷⁰ Det er derimot ikke ansett som noe problem at barnets beste ikke er styrende for den retten barn har etter art. 12.

5.3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

I en dom avsagt i The European Court of Human Rights (EMD) i 2001, *Sahin vs. Tyskland*, var en av problemstillingene hvorvidt et barn måtte høres for at farens rett til familieliv etter emk. art. 8 ikke skulle bli krenket.⁷¹

Noe forenklet var saksforholdet som følger: En far var blitt hindret i å ha kontakt med sin datter fra barnet var ca. 3 år gammelt. Ved endelig dom i Tyskland, ble resultatet at faren ikke fikk samværsrett. Begrunnelsen var at datteren ikke ville ha godt av kontakt med faren. Faren anket dommen inn for EMD, med blant annet den begrunnelse at barnet ikke var blitt hørt i retten. Barnet var observert av en ekspert, som blant annet hadde vist barnet bilder av faren. Det var barnets reaksjon på disse bildene som medførte at eksperten ikke ville spørre barnet direkte om sitt forhold til faren. På grunnlag av dette konkluderte hun med at det var sannsynlig at det ville skade barnet å måtte møte i retten. Dom i EMDs kammer ble avsagt i 2001 med det resultat at art. 8 var krenket fordi Tyskland hadde overtrådt sin skjønnsmargin.⁷² Det å ikke høre barnet i retten medførte manglende beskyttelse av farens interesse.⁷³

Dommen ble anket til Storkammeret som kom til det motsatte resultat. I Storkammeret ble det understreket at skjønnsmarginen er snever når det gjelder å beskytte foreldre og barn sin rett til familieliv.⁷⁴ Hvis ikke slike familierelasjoner blir beskyttet i stor nok grad kan følgen bli at retten til familieliv ville blitt innskrenket. Art. 8 krever at det enkelte land må finne en riktig balanse mellom barnets interesse og foreldrenes interesse. Ved avveining av disse, som vil avhengig av sakens art og alvorlighet, vil barnets interesse i noen tilfeller tilsidesette foreldrenes rett. For eksempel kan ikke en forelder med beskyttelse av art. 8 ta slike skritt som vil skade barnets helse og utvikling.

⁷⁰ Detrick, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (1999) og Newell og Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child (1998)

⁷¹ Application no. 30943/96 2001 avsnitt 49

⁷² Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter* (2003) s. 123

⁷³ Application no. 30943/96 2001 avsnitt 49

⁷⁴ Application no. 30943/96 2003 avsnitt 65 flg.

”Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents.”⁷⁵

I sin begrunnelse sier Storkammeret videre at det er å gå for langt å si at domstolen alltid må høre barnet i retten når det gjelder saker om samværsrett. Dette er noe som avhenger av de spesielle omstendigheter i hver sak, etter å ha tatt tilbørlig hensyn til barnets alder og modenhet. I dette tilfellet ville det medført risiko for barnet å bli hørt. Domstolen i Tysklands gikk ikke utenfor sin skjønnsmargin da de stolte på ekspertene, til tross for at barnet på mellom 3 og 5 ikke hadde blitt spurt direkte om sitt forhold til faren. Retten hadde ingen grunn til å betvile ekspertens profesjonalitet.

Saken er interessant fordi vi ved tolkning av barnekonvensjonen og norsk lov, også er nødt til å ta hensyn til andre rettigheter innført i norsk lov ved inkorporasjon. Spørsmålet om et barns rett til å bli hørt, eller ikke bli hørt, kan komme i konflikt med foreldrenes interesser. Avgjørelse sier at hensynet til barnet skal veie tyngre enn hensynet til forelderen/foreldrene i de tilfeller det kan være til skade for barnet å bli hørt. Slik jeg ser det ville ikke denne tolkningen ha blitt annerledes dersom saken hadde gjeldt fast bosted. Etter avgjørelsen i Storkammeret kan det se ut som om art. 8 ikke har verken noen teoretisk eller praktisk betydning i forhold til tolkning av barneloven § 31.

5.4 Barneloven

Etter barneloven § 31 ”skal foreldre høre” hva barnet har å si etter hvert som det blir i stand til å danne seg egne synspunkter.⁷⁶ Foreldrene ”skal leggje vekt” på det barnet mener alt etter hvor gammelt og modent barnet er. Dette gjelder også andre som har med barnet å gjøre. Når barnet har fylt 12 år ”skal det leggjast stor vekt” på det barnet mener. Ordet ”skal” gir assosiasjoner til en pliktregel for voksne som har kontakt med barnet. At fokus blir lagt på den plikten de voksne har, gjør at den retten barnet har etter bestemmelsen kommer i bakgrunnen.

⁷⁵ op. cit. punkt 66

⁷⁶ Se kapittel 2.3

Barneloven § 48 viderefører i det vesentligste tidligere rettstilstand.⁷⁷ I denne bestemmelsen heter det: ”Avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av like saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.”

Når man ser bl. § 31 og § 48 i sammenheng, kan det se ut som at de strider mot hverandre. Det virker derfor ikke urimelig med en tolkning hvor barnets beste kan komme til anvendelse hvis det ville stride mot barnets beste å bli hørt.

5.5 Forarbeider til barneloven

Barnefordelingsprosessutvalget som utredet forslag til de nye saksbehandlingsreglene i barneloven, sier i kapittelet ”Barnets beste som overordnet hensyn”:

”Både når foreldrene selv løser barnefordelingsspørsmålet etter samlivsbrudd og når konflikten skal løses av en offentlig instans, skal hensynet til barnets beste være overordnet. Utvalget foreslår en egen bestemmelse om at barnets beste skal være det avgjørende kriterium ved avgjørelser på dette området, jf utkastet § 46. Dette er i tråd med gjeldende rett, men i dag finnes reglene om dette spredt i forskjellige bestemmelser i barneloven.

Utvalget anser det viktig å presisere at hensynet til barnet er viktig også i selve avgjørelsesprosessen, og foreslår en uttrykkelig lovfesting av at saksbehandlingsreglene skal praktiseres i tråd med dette. Regelen innebærer at alle som har befatning med en barnefordelingssak må ha barnets beste for øye.”⁷⁸

Utvalget presiserer her hvordan hensynet til barnets beste skal være overordnet, et avgjørende kriterium og at alle som har befatning med en barnefordelingssak må ha barnets beste for øye. Når det i NOU 1998:17 ikke er diskutert muligheten for en eventuell konflikt mellom for eksempel barnets rett til å bli hørt og barnets beste, er det nærliggende å tro at utvalget mener at barnets beste vil være styrende for løsningen i en slik sak. Det står lite i utredningen om barnets rett til å bli hørt, men det nevnes i kap 7.6.4 at det har vært kritisert at barn i dag har liten innflytelse på det som skjer når foreldrene flytter fra hverandre.

I høringsnotatet om innarbeiding av barnekonvensjonen, kommer heller ikke Justisdepartementet ikke inn på hvordan en eventuell problemstilling mellom barnets rett til å bli hørt og barnets beste skal løses.

⁷⁷ Rt. 2004 s. 811, avsnitt 34

⁷⁸ NOU 1998:17, kap. 7.2

I Ot.prp. 29 (2002-2003) gikk Barne- og familiedepartementet nærmere inn på hvordan en slik ubetinget rett for barnet til å uttale seg ville være et effektivt virkemiddel for å sikre at barn blir hørt fra de er 7 år. Likevel så Departementet at det kunne oppstå utfordringer i forbindelse med en endring av loven:

”En senking av dagens aldersgrense for retten til å bli hørt kan innebære store utfordringer i forhold til å hindre at det skapes et uønsket ”press” i retning av at små barn ansvarliggjøres/føler at de må ta stilling i foreldrenes konflikt. I denne sammenheng er det viktig å være klar over at barnet har en rett, men ingen plikt til å uttale seg. Det skal bare tilrettelegges for at barnet kan gi uttrykk for sine synspunkter dersom barnet selv ønsker det.”⁷⁹

Forslaget som ligger til grunn for lovendringen beskrives i Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) som en ubetinget rett for å sikre at de fleste barn blir hørt fra de er 7 år.⁸⁰ Ordet ”ubetinget” gir klare assosiasjoner til at retten er absolutt. Det presiseres også i Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) at art. 12 gir uttrykk for et generelt prinsipp og at det vil være opp til medlemslandene å presisere og konkretisere bestemmelsen på de forskjellige saksområder.⁸¹

I Odelstinget den 3. juni 2003 ble lovendringene diskutert og Statsråd Laila Dævøy ble spurt om hvordan man kan forhindre at en av partene påvirker barnet. Statsråd Dævøy svarte:

”(...)Selv om foreldre kan være aldri så sinte på hverandre, tror jeg at de aller fleste – innerst inne – vil gjøre det som er til beste for barna sine. I alle fall er det lagt inn i denne loven en plikt for både advokater og dommere til nettopp å se hva som er best for barna. De skal ta hensyn til det, også når det gjelder om barnet skal høres eller ikke. Jeg vil fortsatt si at barnet ikke skal tvinges til dette. Barnet kan faktisk høres på ulike måter. De behøver i særdeleshet ikke å bli hørt mens foreldrene står og krangler over hodet på dem, og noen barn skal ikke behøve å måtte høres.”⁸²

Dævøy sier at det er en plikt å ta hensyn til hva som er best for barna også når det gjelder ”om” barnet skal høres eller ikke. Når Statsråden like etterpå sier at ”noen barn skal ikke behøve å måtte høres”, forsterker dette en mulig tolkning av at hun mener at det finnes tilfeller hvor et barn ikke

⁷⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

⁸⁰ op. cit. kapittel 10.5

⁸¹ op. cit.

⁸² <http://www.stortinget.no/cgi-wift/wiftdles?doc=/usr/www/stortinget/otid/2002/o030603-04.html&sesjon=2002-2003%2b,%2b2002-03&ting=otidn%2botidg&>

skal høres. Når noen barn ikke skal måtte høres, kan det være nærliggende å tenke at hun mener at barn i noen tilfeller må beskyttes fra å bli hørt. Et slikt tilfelle vil man kunne tenke seg gjennom å bruke barnets beste som reelt hensyn.

Forarbeidene åpner derfor for at barnets beste i noen tilfeller kan virke innskrenkende på tolkningen av bl. § 31 selv om uttalelser i Stortinget kan ha noe begrenset rettskildemessig verdi.⁸³

5.6 Høyesterettspraksis

I Rt. 1999 s. 1183 anket en far til fem barn over en midlertidig avgjørelse om hvor barna skulle bo fast, jf. bl. § 38.⁸⁴ Ingen av barna var blitt hørt i forhold til hvor de ønsket å bo. Ett av barna var over 12 år. Kjennelsen ble opphevet med den begrunnelse at barneloven § 31 fastslår at barn som har fylt 12 år, skal høres i saker som berører deres personlige forhold. Det var derfor saksbehandlingsfeil å ikke høre barnet som var over 12 år. Det forelå ingen unntak som gjorde at utfallet i denne saken kunne blitt annerledes.⁸⁵

I en endringsdom publisert i Rt. 2004 s. 811 om omfanget av samværsrett, hadde en gutt på snart 12 år ikke uttalt seg. Faren anket over saksbehandlingen fordi han mente at gutten skulle ha blitt hørt. At dommen omhandler samværsrett og ikke fast bosted har i denne forbindelse liten betydning, i og med at barnet etter loven har en like stor rett til å bli hørt i begge tilfeller.

I dommens avsnitt 31 sier førstvoterende at det er reglene i barneloven før lovendring som skal legges til grunn i denne saken, men legger til at det ikke ville hatt noe å si for utfallet av saken om det var de nye reglene som ble benyttet.⁸⁶ I bl. § 44a som omhandler omfanget av samværsretten, heter det at avgjørelsen først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet. Til tross for at dette direkte tar sikte på omfanget av samværsretten, sier Høyesterett at det har vært et grunnprinsipp i barneloven som også må gjelde saksbehandlingen i forhold til omfanget av samværsretten, noe som nå er uttrykkelig sagt i den nye bl. § 48.⁸⁷

⁸³ Eckhoff, *Rettskildelære* (2001) s. 74

⁸⁴ Denne bestemmelsen er nå noe endret og flyttet til bl. § 60

⁸⁵ Se også Rt. 1974 s. 1339

⁸⁶ Dette gjelder både bl. § 31, med lovendringen om å høre barn ned til 7 år, og bl. § 48, om at barnets beste skal stå sentralt i alle avgjørelser som har med barn og gjøre, også når det gjelder saksbehandlingen.

⁸⁷ Rt. 2004 s. 811 avsnitt 34

Førstvoterende oppfatter ikke bl. § 31 som noen absolutt grense for å høre barn ved 12 år.⁸⁸ Han sier at det i alle fall må skje en vurdering av barnets personlige forutsetninger og til grunn for denne vurderingen må barnets beste være styrende, noe som er nedfelt både i barneloven og barnekonvensjonen.

Videre heter det i dommen at det både etter barneloven § 31 og barnekonvensjonen art. 12 i utgangspunktet ikke var noen tvil om at barnet skulle høres. Dette synspunktet står etter Høyesteretts mening, ikke så sterkt der det er tale om endring av samværsordningen i en ny dom som det ville ha gjort ved den opprinnelige prøving.⁸⁹

Høyesterett begrunner avgjørelsen med at det for barnet ville ha vært vanskelig bare å skulle ta standpunkt til om han burde eller måtte uttale seg.⁹⁰ I denne dommen har Høyesterett enstemmig i avdeling satt hensynet til barnets beste foran barnets rett til å bli hørt.

Det er interessant å merke seg at førstvoterende ikke har oppfattet bl. § 31 som noen absolutt grense for å høre barn ved 12 år, og at ingen av meddommerne dissenterer på uttalelsen. Førstvoterende slår også fast at barnets beste er styrende for vurderingen av barnets personlige forutsetninger for å bli hørt.

Det kan stilles spørsmål ved Høyesteretts mening om at barnets rett til å bli hørt står sterkere ved behandling i en førstegangssak enn i en endringssak. En forklaring på dette kan være at et barn som har blitt hørt en gang i forbindelse med behandling i en førstegangssak, sannsynligvis vil mene det samme ved en ny behandling av saken. Dette vil i så fall være en svekkelse av barnets rett til å bli hørt. Hvis barn først har en selvstendig rett til å bli hørt, må de også få ha en fullstendig rett til å endre syn. Hvis barn har en ubetinget rett til å bli hørt, bør retten være like sterk uavhengig av hva slags type sak det dreier seg om.

5.7 Rundskriv

I veileder Q-15/2004 heter det i innledningen til kapittel 6, som omhandler høring av barn:

⁸⁸ op. cit. avsnitt 37

⁸⁹ op. cit. avsnitt 47

⁹⁰ op. cit. avsnitt 49

”Barneloven § 31 om barnets rett til å være med på avgjørelser regulerer barnets rett til å uttale seg, og hvordan barnets uttalelser skal vektlegges. ...senking av aldersgrensen innebærer store utfordringer i forhold til å hindre et uønsket press i retning av at små barn ansvarliggjøres eller føler at de må ta stilling i foreldrenes konflikt.”

I veilederen nevnes ikke noe om hvordan en eventuell strid mellom barnets beste og barnets rett til å bli hørt skal løses. Det gis heller ingen indikasjoner på at barnet på noen måte kan miste sin rett til å bli hørt.

5.8 Litteratur

I Lucy Smith sin artikkel i Tidsskrift for familierettskriver kritiserer hun Høyesteretts dom, publisert i Rt. 2004 s. 811:

”Det er vanskelig å være uenig i dommens konklusjon om at anken skulle forkastes. Det er all grunn til å tro at det var i overensstemmelse med barnets beste at denne saken nå ble endelig avgjort, og at det skjedde uten at gutten ble trukket inn. Etter mitt syn blir det imidlertid for generelt når Høyesterett uttaler at barnets rett til å bli hørt i alle tilfelle må vurderes i lys av prinsippet om barnets beste. Det er klart at i de tilfelle hvor barnets mening *er kommet fram*, må denne meningen vurderes opp mot det som etter rettens mening vil være det beste for barnet. I denne vurderingen må barnets mening bli tillagt vekt, hvor stor vekt vil avhenge av de konkrete omstendigheter. I noen tilfelle vil retten komme til en annen løsning enn den barnet ønsker, med den begrunnelse at dette ikke vil være til barnets beste. Men i vårt tilfelle dreier det seg om *barnets rett til å gi uttrykk for sin mening*.”⁹¹

I siste avsnitt skriver hun:

”Høyesteretts generelle uttalelser om at barnets uttalerett alltid må sees i lys av barnets beste, er i strid med ordlyden både i barnelovens § 31 og i FNs Barnekonvensjon. Uttalelsene kan bidra til å svekke barnets uttalerett, noe som vil innebære et meget uheldig tilbakeskritt.”

Smith avslutter med å understreke viktigheten av å motarbeide autoritetspregede holdninger som kan motvirke forståelsen av at barn er selvstendige individ; ”med evne og rett til å være med på å bestemme i saker som berører dem... Dette bør være en rett til medinnflytelse på en aktiv og meningsfull måte.”

⁹¹ Smith, *Barnets beste og barnets uttalerett*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, Nr. 3-4/2004/årgang 2 (2004)

Smith skriver at barnets mening må komme frem, og at denne mening må vurderes opp mot det som etter rettens mening er det beste for barnet. Når Smith skriver at det er all grunn til å tro at det var i overensstemmelse med barnets beste at saken ble endelig avgjort og at dette skjedde uten at gutten ble trukket inn, kan dette bety at hun her mener vi har et tilfelle hvor det kanskje var best for gutten ikke å bli hørt. Likevel er hun klar i sin konklusjon om at barnets beste slik det er utformet i loven, skal styre hvordan man går frem for å snakke med barnet og i hvilken grad man tillegger barnets mening vekt, ikke for å frata barnets rett etter bl. § 31.

Nils Dalseide sier i sin artikkel: "Fra tid til annen kan hensynet til barnets beste komme i strid med pålegg i loven, f.eks. regelen i barneloven § 31...".⁹² Dette kan tolkes som at det ikke alltid er til barnets beste å bli hørt. Han gir her ingen klare holdepunkter for hvordan en slik strid skal løses. "Dersom barnet lever i en intens lojalitetskonflikt mellom foreldrene og vil få forsterket dette ved å uttale seg, vil det kunne være i strid med barnets beste å motta barnets uttalelse." Videre skriver Dalseide: "I alle fall må barnets mening prinsipielt søkes klarlagt på en måte som er forenlig med hensynet til barnets beste...".

Det er nærliggende å tro at Dalseide sikter til at det ikke vil være til barnets beste å uttale seg, i og med at han snakker om en intens lojalitetskonflikt som vil bli forsterket ved å uttale seg. Når han skriver at barnets mening "i alle fall" må klarlegges i tråd med barnets beste, kan dette bety at barnets mening i de tilfeller det skal bli hørt, må klarlegges på en måte som er forenlig med hensynet til barnets beste. Det kan her se ut som at Dalseide mener at barnets rett til å bli hørt kan innskrenkes hvis barn lever i en intens lojalitetskonflikt, og denne tilstanden forverres hvis de blir hørt.

5.9 Andre hensyn

Undersøkelser viser at barnets uttrykte ønske i mange sammenhenger ikke blir tillagt noen avgjørende vekt, og man kan derfor spørre seg om det alltid er til det beste for barnet å bli spurt.⁹³ Dette er berørt i behandlingen av de andre rettskildene ovenfor. Jeg vil derfor her bare ta opp et par hensyn som ikke har kommet frem tidligere.

⁹² Dalseide, *Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov* 20. juni 2003. *Noen utvalgte problemstillinger* (2004) s. 196

⁹³ Skjorten, *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste* (2001)

5.9.1 Hva mener barn selv?

Hva mener barna selv om å bli hørt? I rapporten "Livet under 18" ble barna bedt om å komme med generelle uttalelser i forbindelse med samlivsbrudd.⁹⁴ Noen av barna uttrykker ønsket om å bli hørt slik: "LA OSS BESTEMME! Vi er alltid gamle nok til å bli hørt!", og "Du kan godt være yngre enn 10 og mene noe om hvem du vil være med."

Andre barn ønsker tydelig å ikke måtte ta stilling: "Jeg er redd for å såre pappa, og jeg er redd for å såre mamma.", "Det har vært mange rettssaker om meg. Jeg blir redd i en rettssal. Og det er vondt å vitne mot foreldrene sine. En burde kunne løse dette på en annen måte."

Det som er gjennomgangstema er at barn vil snakke om de vonde opplevelsene de har i forbindelse med at foreldrene flytter fra hverandre:

"SNAKK MED OSS! Uansett hvor gamle vi er når mamma og pappa skal skilles, må de tørre å spørre hvordan vi opplever det – hva vi tenker og føler. De må ikke bare komme med sine forklaringer på alt."

"Jeg lurer på hvorfor de ikke spør oss hvordan vi har det når de skal skille seg, de bare snakker masse og forklarer og unnskylder og så går de. Det hadde blitt fortere bra om vi hadde snakket om det vonde."

I rapporten blir det konkludert slik:

"Få av deltakerne hadde opplevd å bli tatt med på råd i tiden rundt samlivsbruddet. De få som hadde blitt spurt, opplevde i liten grad å bli hørt. Nesten alle i prosjektet ønsket de kunne bli mer involvert når mamma og pappa skulle skilles. De har behov for å si hva de tenker og ønsker, ikke bare bli forklart og fortalt hva som skal skje. De mener samlivsbrudd er en krise hele familien lettere ville komme igjennom, om barna også kan bidra med sine tanker og forslag."

Når barn i liten grad opplever å bli hørt selv i de tilfellene de blir spurt, kan det bety at de voksne faktisk ikke tar seg tid til eller makter å høre på de tankene, ønskene og opplevelsene barna har. Det kan også bety at barna tror at svarene de kommer med vil ha innflytelse på de voksnes avgjørelser, men at innflytelsen de får er liten.

⁹⁴ Sanner; Dønnestad, *Unge rapporterer til FN om Barnekonvensjonen 02/03* s.7

5.9.2 Hensynet til barn i fremtidige saker

Hvis barneloven § 31 tolkes innskrenkende slik at domstolen må ta hensyn barnets beste før de avgjør om barnet skal høres, vil regelen endre karakter fra å være en klar rettighet, til å bli en regel hvor beskyttelse av barnet kan fortrenge rettigheten. Jeg kan ikke se at det vil være bra for barn i fremtidige saker å bli fratatt sin rett til å bli hørt, med den begrunnelsen at de må beskyttes. Beskyttelsen av barnet må skje gjennom utførelsen av retten og ikke ved fratakelse av retten. En slik tolkning vil dessuten være i strid med barnekonvensjonen.

5.10 Konklusjon

Etter synet til Høyesterett vil det å unnlate å høre et barn, hvis begrunnelsen er solid og bunner i hensynet til barnets beste, ikke være en saksbehandlingsfeil.

Ordlyden i barneloven § 48 gir klare føringer på at barnets beste skal følges i alle sammenhenger, men sier ingenting om at den kan brukes til å tolke bl. § 31 innskrenkende. Forarbeidene er tvetydige og gir derfor ingen klare svar. Uttalelser i Stortinget åpner likevel for en tolkning hvor man kan tenke seg tilfeller hvor barn ikke skal høres etter bl. § 31. Veilederen gir ingen holdepunkter for hvordan en eventuell strid mellom barnets beste og barnets rett til å bli hørt kan løses. I sin artikkel om de nye saksbehandlingsreglene tar ikke Dalseide stilling til denne problemstillingen.

Etter barnekonvensjonen synes det åpenbart at hensynet til barnets beste ikke kan brukes til å innskrenke barnets rett etter art. 12, noe Lucy Smith påpeker i sin artikkel.

Det er tvilsomt om den praksis Høyesterett har lagt seg på er forenlig med barnekonvensjonen. Etter Høyesteretts dom må gjeldende rett likevel sies å gi åpning for å tolke barneloven § 31 innskrenkende til fordel for barnets beste. Avgjørelsen fra Høyesterett legger imidlertid ingen plikt på lavere rettsinstanser til å vurdere barneloven § 31 i sammenheng med barnets beste. Det er derfor tvilsomt om denne måten å anvende loven på vil bli videreført.

6 HVORDAN BARNETS STEMME BLIR VEKTLAGT I RETTSSYSTEMET

6.1 Innledning

Når et barn skal si sin mening ligger det også implisitt at meningen skal vektlegges. I tilfeller hvor barnet vet at dets uttalelser kan bli vektlagt, vil dette kunne styre hva barnet sier. Hvis barnet ikke vet at det som kommer frem kan bli vektlagt, vil det kunne føles urimelig for barnet å siden få vite at uttalelsene ble eller kunne ha blitt vektlagt. Hvis barnet får kunnskap om at det som det har sagt har blitt vektlagt, kan dette både medføre glede hos barnet over å ha blitt hørt, men det kan også virke tyngende for barnet hvis det føler ansvar for avgjørelsen

Hvordan barnet uttrykker seg har mye å si. Et lite barn har enda ikke utviklet evnen til å argumentere godt for seg, og barnets synspunkter blir derfor gjerne lagt mindre vekt på. Et eldre barn argumenterer bedre, og vil gjennom det vise en modenhet som tilsier at det blir lagt større vekt på det barnet mener. I realiteten er det ikke loven som gjør at man legger forskjellig vekt på hva barnet ønsker, men barnets egen utvikling.

6.2 Barnekonvensjonen

I barnekonvensjonen art.12 heter det; "...the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child". Kravet er at barnet ikke bare blir lyttet til men at det barnet sier også må tas alvorlig. Det heter at barnet har en rett til å uttale seg når det er "capable of forming views", noe som understreker at også svært små barn har den formelle retten å bli hørt.

Ved avgjørelsen av hvor stor vekt barnets stemme skal få, må både alder og modenhet tas i betraktning. Alder i seg selv er ikke et kriterium. "The Convention on the Rights of the Child rejects specific age barriers to the significant participation of children in decision-making."⁹⁵

⁹⁵ Newell, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child* (1998) s.150

6.3 Barneloven med forarbeider

I barneloven § 31 heter det at barnets mening skal vektlegges etter hvor gammelt og modent barnet er og når barnet har fylt 12 år skal det legges stor vekt på det barnet mener. Med stor vekt menes at det skal tungtveiende grunner til å ikke la barnets mening bli tillagt avgjørende betydning.

I forarbeidene står det lite om vektspørsmålet. Årsaken til dette kan være at det er vanskelig å gi noen klare svar på hvordan man skal vektlegge det barn sier.

6.4 Rettspraksis

Høyesterett har gjennom mange avgjørelser argumentert for hva man kan tillegge vekt og hva man ikke kan tillegge vekt når barnets mening skal veies. I dette kapitlet vil jeg redegjøre for hvordan egenvekten av barnets stemme blir sett på i rettspraksis. Hvordan barnets mening veies mot andre momenter i saken vil jeg av plasshensyn ikke komme inn på.

6.4.1 Praksis fra Lagmannsretten

Kristin Skjørten har i sitt forskningsprosjekt ”Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste” hentet sitt datagrunnlag i dommer fra lagmannsretten i årene 1998 – 2000.⁹⁶ Deler av det hun har skrevet ble brukt i forarbeidene i forbindelse med utforming av endringene i barneloven.⁹⁷

”I de 129 sakene som er gjennomgått i denne studien, fremgikk barns ønsker om fast bosted i 48 av sakene... I tretti av disse sakene ble dommen i samsvar med barnas ønsker om fast bosted. Dette betyr ikke alltid at barnas ønsker ble tillagt vekt. Når saken likevel fikk et utfall i samsvar med barnets ønske, var det i følge domsteksten andre momenter som veide tyngst for valget av fast bosted.”

Skjørten påpeker at i noen tilfeller har barnets mening vært viktig, men blir gjort mindre synlig i dommen for ikke å legge ansvaret for avgjørelsen på barnet. Likevel ser vi i disse dommene at det ikke har vært problematisk for domstolen å argumentere som den har gjort, siden den har kommet til sitt resultat ved å ha latt andre momenter veie tyngre enn barnets stemme. Skjørten skriver at flesteparten av barna enten hadde fremmet sitt ønske overfor sakkyndige eller rettens medlemmer.

⁹⁶ Skjørten, *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste* (2001) i kap ”Barnets ønske”, andre avsnitt

⁹⁷ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s.60

Hun skriver ingenting om hvorvidt barna selv har bedt om å bli hørt, eller noe om situasjonen rundt samtalene.

”...For 20,3 % av barna gikk domsavgjørelsen mot deres ønske om fast bosted hos den ene av foreldrene. 12,5 % av barna ønsket delt fast bosted, og her måtte retten velge fast bosted hos den ene av foreldrene. 4,6 % av barna uttrykte at de ikke hadde noen mening om hvor de ønsket å bo fast.”

I de tilfellene avgjørelsen blir i samsvar med det barnet ønsker, er det likevel slik at det er overvekt av momenter som allerede taler for denne løsningen. Barnets stemme har således ikke vært nødvendig for utfallet av dommen. I noen tilfeller vil kanskje årsaken være at Høyesterett holder den egentlige argumentasjonen skjult.⁹⁸ Retten har dessuten både en rett og en plikt til å avgjøre saken til barnets beste jfr. bl. § 48, dette vil begrense den muligheten den har til å la barnet selv få avgjøre utfallet av saken. Slik jeg leser resultatet i Skjørten sitt forskningsprosjekt kan det virke som at det er kun i svært få avgjørelser at barnets stemme har avgjørende vekt.

I en dom fra Agder Lagmannsrett ønsket en gutt på 17 år å flytte fra sin mor til sin far. Ønsket hans ble ikke tillagt vekt pga hans spesielle psykiske begrensinger. Retten mente at det var til guttens beste å bo hos sin mor.⁹⁹ Med tanke på at man er myndig fra man er 18 år, og at det en 12-åring ønsker, skal bli tillagt stor vekt, jf. bl. § 31 andre ledd, kreves det sterke argumenter for ikke å følge opp ønsket til en 17-åring.

6.4.2 Høyesteretts praksis

I noen tilfeller kan det være en belastning for barnet å uttale seg hvis ønsket ikke blir etterfulgt. I Rt. 1990 s. 669 hadde en pike på 12 år bodd 3 år hos faren. Hun fikk likevel flytte til moren, til tross for at morens situasjon var mer usikker enn farens. Det var pikens alder og det at hun hadde et fast og alvorlig ønske om å flytte til moren som gjorde utslaget. I tillegg uttalte Høyesterett:

”Hvis det treffes en avgjørelse i strid med barnets klart uttalte ønske, vil dette kunne skape en konfliktsituasjon som er uheldig ikke minst for barnet.”

⁹⁸ Skjørten, *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste* (2001)

⁹⁹ LA-2004-67657 (Agder Lagmannsrett)

I Rt. 1989 s. 320, var døtrene snart 11 og 13 år gamle. Begge ønsket å bo hos faren, men Høyesterett mente at barnas lojalitet til faren hadde farget deres syn på moren, og så derfor bort fra døtrenes ønske. Høyesterett skriver:

”Det som må sies i sterk grad å tale mot at moren får omsorgen for barna, er at det hos begge døtrene kan synes å foreligge et sterkt, vedvarende og dypt rotfestet ønske om å være hos faren. Det er vist til en rekke episoder gjennom lang tid som kan synes å bekrefte dette. De to jentene ser også ut til å ha et nært og godt forhold til sin halvbror, som bor samme sted... Det foreligger imidlertid et særegent forhold i denne sak. Stedatterens anmeldelse av stefaren må ha vært en opprivende opplevelse for hele familien. Barna ble tvunget til å ta et valg – de valgte å frikjenne sin far og være lojale mot ham. Forholdet til moren kan fortsatt bære preg av dette. Jeg finner derfor ikke å kunne tillegge barnas mening utslagsgivende vekt i den foreliggende sak.”

Til tross for et meget sterkt og uttrykt ønske velger Høyesterett å flytte jentene fra faren til moren. Barnas sterke lojalitet til faren svekker deres dømmekraft og blir derfor satt til side av Høyesterett.

I Rt. 1989 s. 176 ble barna på 11 og 9 år plassert hos moren, som de hadde en avvisende og hatsk holdning til. Rettens begrunnelse var blant annet: ”...at barnas negative forestillinger om moren savner forankring i virkeligheten. Det er av de sakkyndige pekt på at både tema og ordvalg i angrepene på moren er av voksen karakter...”. Retten påpeker her at barnas holdning til moren er et resultat av sterk påvirkning fra andre. Dette viser at barnets uttrykte mening ikke nødvendigvis tillegges større vekt til tross for at et av barna var 11 år og ønsket om å bli hos faren ble uttrykt meget sterkt.

Måten barnets oppfatning er fremkommet på kan få betydning for vekten. I et tilfelle, publisert i Rt. 1985 s. 467, satt barnet på morens fang da hun sa at hun ville bo hos moren. Retten fant at det ikke kunne legges særlig vekt på barnets ønske, forholdene tatt i betraktning.

6.5 Rundskriv og litteratur

I veileder Q-15/2004 heter det i kapittelet om høring av barn at barnets mening skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Barnets mening skal fortsatt være ett av flere momenter som skal tas med i den helhetlige vurderingen, men det kan være andre forhold som må tillegges større vekt.

Litteratur på området er i stor grad basert på rettspraksis. Jeg vil derfor ikke komme nærmere inn på dette her.

6.6 Oppsummering og vurdering

Etter loven skal barnets mening tillegges vekt etter barnets alder og utvikling, men det finnes ingen retningslinjer for hvordan man kommer frem til rett vekt. Å komme frem til riktig vekt er derfor lagt til dem som skal praktisere loven, i siste instans Høyesterett. Når tilstrekkelig mange barn har blitt hørt og deres ønsker veid, vil man på grunnlag av dette kunne sette opp argumenter som kan brukes som veiledning i senere saker.

Rettspraksis viser at det er en sammenheng mellom barnets alder og den vekt det blir lagt på barnets uttalelser. Det kan likevel ikke utelukkes at yngre barns mening har blitt tillagt mer vekt enn det som kommer frem i domsteksten. Det er sannsynlig at dommere bevisst nedtoner betydningen av et barns ønske fordi barnets ønsker ikke bør stå som hovedbegrunnelse i avgjørelsen. Hvis et barn er under press eller påvirkning av en av foreldrene vil dette tale mot å tillegge barnets ønske stor vekt. Det samme gjelder hvis barnet uttaler seg ut i fra lojalitet.¹⁰⁰ Barnets ønske vil også bli tillagt større vekt hvis barnet gjentagende over flere samtaler gir uttrykk for det samme standpunkt.

Mangel på retningslinjer på dette området kan svekke barnets mulighet til å få utøvet sin rett. Jo mer uklar en lovtekst er, desto mer er den egnet for tolkning. Når barnets uttalelse skal tillegges vekt etter hvor gammelt og modent det er, kriterier som begge er lite presise, fører dette til liten forutberegnelighet for barnet. Det kunne derfor vært ønskelig med klare regler for hvordan vektlegging bør gjøres og hva som skal og ikke skal tillegges vekt. Dette arbeidet er sannsynligvis overlatt til rettspraksis fordi det vil være svært vanskelig å lage klare regler på et område hvor så mange ulike argumenter inngår i vurderingen av barnets beste, og hvor alle argumentene varierer fra sak til sak.

¹⁰⁰ Sandberg, *Barnets beste : om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet* (1990)

7 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

7.1 Innledning

Når to mennesker som har barn sammen velger å flytte fra hverandre, er en konsekvens av dette valget at de må ta ansvaret for å finne løsninger som på best mulig måte skåner barnet. Barnet skal bli hørt, men helst uten at det skal behøve å føle verken lojalitetskonflikt eller ansvar for resultatet. Med bakgrunn i arbeidet med denne oppgaven vil jeg i det følgende redegjøre for noen betraktninger vedrørende barnets rett til å bli hørt.

7.2 Barnets lojalitet

Den leksikalske betydningen av lojal er:

”Lojal (av fr. *loyal* , lovlydig), trofast; som slutter solidarisk opp om sin gruppe el. sitt parti og bøyer seg for de beslutninger som fattes der. Er ”Lovlydighet, rettskaffenhet, plikttroskap, undersåttlig troskap.”¹⁰¹

Lojalitet er inntil en viss grense positivt, blant annet fordi det gir den som mottar lojaliteten et visst spillerom til å gjøre feil. Når noen er lojale til tross for at dette ikke er fortjent, for eksempel ved forskjellige former for misbruk, blir lojaliteten negativ fordi den skaper underdanighet. Dette skaper i seg selv en ubalanse som lett kan gi utslag i undertrykking. På denne måten vil lojalitet beskytte mennesker som ikke fortjener denne trofastheten. Det vil ofte være ulike oppfatninger om hva som er lojalt og ikke lojalt, avhengig av hvilken side man står på i en sak.

Barn føler lojalitet og kjærlighet til sine foreldre. De søker å unngå foreldrenes konflikt samtidig som de ønsker å hjelpe. I mange tilfeller tar de aktivt ansvar for å løse konflikten.¹⁰² Barna vil forsøke å unngå en samtale som vil kunne belaste foreldrene. Barn vil derfor kunne uttrykke seg i

¹⁰¹ Cap Lex, (1990)

¹⁰² Skjørten, *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste* (2001) kapittel Diskusjon og Haaland, *Barnet i skilsmissem : et barneperspektiv på familieomforming* (2002) s. 39

retning av hva de tror den voksne vil høre fremfor å si det som vil ivareta dem selv.¹⁰³ Barn kan også vegre seg for å snakke om skilsmissen både fordi det kan belaste dem selv å snakke om det vonde, men også fordi de er redde for å stille noen av foreldrene i dårlig lys. Barns rettferdighetssans vil derfor fort kunne bli utfordret i en konflikt mellom foreldrene. Dersom barnet føler at det må velge mellom foreldrene vil det oppstå en lojalitetskonflikten hos barnet, noe som igjen kan oppleves som en vektlegging av kjærlighet.

H. Rudolph Schaffer skriver i sin bok "Making Decisions about children" at barn av foreldre som skiller seg, allerede flere år forut for en skilsmisse har utviklet bestemte typer atferd som man tidligere har sett på som kun et resultat av selve skilsmissen.¹⁰⁴

"...Thus at the age of three, boys who eventually experienced parental divorce were already found to be restless, stubborn and emotionally labile. When assessed at seven they were described as aggressive, impulsive and uncooperative, going to pieces under stress more easily than their controls, and this pattern was also found in adolescence. What was remarkable was that such behaviour could be evident so many years prior to the dissolution of the parents' marriage."

Schaffer påpeker at det er konfliktene i hjemmet barna reagerer på, ikke skilsmissen i seg selv. De barna som får de største problemene, er de som blir deltagere i foreldrenes personlige og juridiske kamper.¹⁰⁵

Når barnet uttrykker et ønske om delt bosted, kan dette være et signal om at barnet ønsker å være rettferdig overfor foreldrene og med sitt valg prøver å dempe konflikten mellom dem.¹⁰⁶ Skjørten konstaterer i sin rapport at valg av bosted i to av tre saker blir barnets middel til konfliktløsning mellom foreldrene.¹⁰⁷

Små familiekonflikter vil barn vanligvis kunne takle, men jo større konflikt, desto større stress for barna.¹⁰⁸ Shaffer viser at det er en sammenheng mellom barnas evne til å distansere seg fra

¹⁰³ Haaland, *Barnet i skilsmissen : et barneperspektiv på familieomforming* (2002) s. 55

¹⁰⁴ Schaffer, *Making decisions about children : psychological questions and answers* (1998) s. 142

¹⁰⁵ op. cit. s. 143.

¹⁰⁶ op. cit.

¹⁰⁷ Skjørten, *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste* (2001)

¹⁰⁸ Schaffer, *Making decisions about children : psychological questions and answers* (1998)

problemene til foreldrene og de atferdsproblemene barna utvikler som følge av foreldrenes konflikt, noe som tydeliggjør at det er viktig å holde barna unna konflikten i den grad det er mulig.¹⁰⁹

Barna ønsker i stor grad å dempe de voksnes konflikt. De velger delt bosted for å være rettferdige mot foreldrene. Moxnes skriver i sin bok om barn og foreldres erfaringer med skilsmisse:

”...Analysene viser at barns prosjekter i stor grad handlet om å ta ansvar for foreldrene, enten ved å lindre foreldrenes smerte, ved å hindre andre i å kritisere dem eller ved å skape rettferdighet dem imellom. Det typiske var at barnas problemer og intensjoner ikke ble tydelig formulert til andre, derfor ble det ansvaret barna tok for foreldrene ofte skjult.”¹¹⁰

I et vedlegg til NOU 1998:17 har psykolog Terje Galtung skrevet om ”Barnet og foreldrenes rettssak”. På bakgrunn av forskning på området går han gjennom hvilke skadevirkninger det kan ha for barn at foreldrene har et konfliktfylt forhold. Han konkluderer med at vedvarende konflikter mellom foreldrene kan medføre utviklingsforstyrrelser hos barnet. En rettssak mellom foreldrene medfører ofte økt konfliktnivå mellom foreldrene, noe som igjen reduserer omsorgen for barnet. Mange barn får lojalitetsproblemer overfor foreldrene og for at dette skal unngås, må foreldrene arbeide aktivt for å frita barna for dette ansvaret.

Lojalitetsfølelsen barn har til sine foreldre er meget sterk. Det er derfor viktig å fokusere på at barna bevisst må beskyttes i konflikten. Når barna i tillegg ofte ikke setter ord på det de opplever, er det større sannsynlighet for at mange barn lett kan bli skadelidende i de voksnes konflikt. Hvis alle voksne aktører på området blir gjort oppmerksomme på dette, og lærer å håndtere samlivsbrudd på en måte som i størst mulig grad beskytter barna, vil bl. § 31 være et gode for barna. De blir hørt hvis de har noe de ønsker å si, men også beskyttet hvis de ikke ønsker å uttale seg.

7.3 Beskyttelse av barn

På Barneombudets hjemmeside er det på bakgrunn av henvendelser fra både voksne og barn utarbeidet krav til foreldre som går fra hverandre. I disse punktene er det et gjentakende tema at barna ikke vil bli trukket inn i de voksnes konflikt, men at de gjerne vil bli snakket med. De ønsker å bli hørt, men de vil ikke velge mellom foreldrene.

¹⁰⁹ op. cit.

¹¹⁰ Moxnes, *Skilsmisens mange ansikter : om barns og foreldres erfaringer med skilsmisse* (2001)

For at det skal være mulig å beskytte barna, må de voksne aktørene på området ha tilstrekkelig kunnskap om hva barn kan ha behov for og hva som skal til for å oppnå tilstrekkelig beskyttelse. Ett barn kan klare seg bra til tross for at konfliktnivået mellom foreldrene er stort, ett annet takler forholdene dårlig og vil av den grunn ha større behov for beskyttelse.

Mange barn har vonde minner i forbindelse med en skilsmisse. De føler at de har blitt trukket inn i foreldrenes konflikter. I et brev til Simon Flem Devold, sitert i Aftenpostens ”på skråss” skriver Vesla:

”...Og det som var aller vanskeligst, var å finne ut hvordan de skulle dele meg. Jeg ble en del av skittentøyvasken i rettssalen. Advokatene fikk ordnet det slik at jeg måtte møte opp og si noe. Det var forferdelig, ødeleggende for meg. Det var psykisk tortur, utført av det rettssystemet som skulle beskytte meg. De voksne klarte ikke å bli enige. Du må velge selv, sa de. Da valgte jeg. Jeg valgte bort både mamma og pappa. Jeg sa det ikke akkurat slik, men det var det jeg gjorde. I retten sa jeg at det ikke var min sak å løse problemene for foreldrene mine. Et barn skal ikke ordne opp i de voksnes kaos. Dommeren fikk dømme, siden det var derfor han var blitt dommer.”¹¹¹

Avisinnlegget stod på trykk i fjor, men rettssaken fant sted for en del år siden. Det vil si at Veslas foreldre sin skilsmisse skjedde før de nye saksbehandlingsreglene. Innlegget viser at Veslas opplevelse av rettssaken var svært ødeleggende. Hun følte seg presset til å møte opp i rettssalen og presset til å skulle si noe. Advokaten fikk ikke formidlet til Vesla at dette ikke var hennes konflikt og at hun ikke behøvde å si noe. Det er ikke sikkert at Vesla ble presset av foreldrene og advokaten til å uttale seg, men hun følte seg presset, og skulle derfor vært beskyttet i større grad.

I veileder Q-15/2004 er det skrevet et kapittel om å høre barn. Mye av den informasjon man finner i dette kapittelet er utdrag fra utviklingspsykologi og pedagogikk om barn. I kapittel 6.2.4 heter det:

”Når det gis informasjon til barn og i samtale med barn, bør det tas hensyn til generelle forhold slik som barnets alder og kognitive kapasitet. Med kognitiv kapasitet menes grunnleggende funksjoner knyttet til forståelse, problemløsning, fortolkning av hendelser, hukommelse, språk- og begrepsdannelse. Disse funksjonene er sentrale for barnets gradvis økende muligheter for å oppfatte egen og andres atferd og intensjoner, og handle i forhold til disse... Det bør tas hensyn til individuelle forhold slik som barnets temperament, robusthet, ... Store individuelle forskjeller gjør det vanskelig å si noe konkret om hva en kan formidle til, og hvordan en skal forstå det barn sier...”

¹¹¹ Devold, *På Skråss*, Aftenposten 061104

I veileder Q-15/2004 kap 6 fremkommer det forslag til hvordan en samtale med barnet kan foregå og hvordan man kan tilpasse samtalen med hensyn til alder. Det er tvilsomt om veilederen er ment for psykologer, siden de allerede innehar den kunnskap man finner der. Den må derfor være ment for andre aktuelle personer som skal snakke med barnet. Hvis det for eksempel antas at det er en jurist som skal gjennomføre samtalen, kan man spørre seg om vedkommende vil få god nok kunnskap om dette spesialområdet via veilederen.

Det er betenkelig at noen som mangler den nødvendige kompetansen kun ved hjelp av veileder Q-15/2004 skal samtale med et barn. Hvis barnas rettigheter skal ivaretas på en god måte, mener jeg at samtalen må kvalitetsikres ved å sette klare krav til at den som utfører samtalen innehar den nødvendige kunnskap på området.

Det er til en viss grad vilkårlig hvem som blir hørt. Vi har ikke regler for hvordan samtalen skal gjennomføres eller hvem som skal avgjøre hvilke barn under 7 år som skal høres. Barnets rett har blitt satt til side av hensynet til barnets beste.¹¹² Praksis viser også at foreldre har en rett til sammen å bestemme at barnet ikke skal høres. Det mangler også retningslinjer for hvordan et barn skal gå frem hvis det ønsker å påklage måten de er hørt på, eventuelt at de ikke har blitt hørt.

7.4 Kunnskap om hvordan barn blir hørt

Det kreves kunnskap for å kunne beskytte barnet i en høringssituasjon men også for å oppnå at barnet formidler sine sanne ønsker. Utfordringen er stor for de som skal snakke med barnet og det kan være vanskelig å vite om det er barnets sanne mening som har kommet frem. Barnets atferd anses ofte mer troverdig enn barnets utsagn fordi den ikke på samme måten er styrt av lojalitet eller er manipulert av omgivelsene.¹¹³ Barnet kan ha blitt påvirket av foreldrene uten at verken barnet eller foreldrene er klar over det. Det ligger ikke nødvendigvis noen bevisst hensikt bak påvirkningen fra foreldrenes side.

Det må kunne stilles et kvalitativt krav til at de som snakker med barna klarer å gjennomskue et barn som uttaler seg i strid med hva de faktisk føler og ønsker. John Eekelaar skriver:

¹¹² Se kapittel 5

¹¹³ Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (2003) s. 263

”We might say that a decision is incompetent if it reflects a feeling or aspiration which is so seriously unstable or where there is such grave disjunction between it and others held by the individual that to give effect to the decision risks serious conflict within the individual at a later stage of development.”¹¹⁴

Det kreves ikke bare evne til å gjennomskue barnet her og nå, men vedkommende bør også være i stand til å oppfatte det dersom uttalelsen kan være egnet til å gi barna alvorlige konflikter på et senere stadium i livet.

En kvinne fortalte meg en gang at hun hadde måttet velge mellom hvem hun skulle bo hos av foreldrene da hun var 11 år. Foran en ferdigpakket bil stilte moren opp de tre barna og spurte henne om hun ville bli hos pappa eller være med henne. Det var ingen tvil hos henne, hun ville være med mamma. Dette valget gav henne i årevis en sterk skyldfølelse over å ha vært illojal mot sin far fordi hun valgte ham bort og vist at hun ikke var så knyttet til ham og så glad i ham som hun var i moren.

Dette sier noe om hvor viktig situasjonen rundt høringen er. Å skulle stå ansikt til ansikt med den du ikke velger kan virke traumatiserende på et barn. Derfor er det viktig at konteksten for gjennomføring av samtalen er tilrettelagt for barna på trygg og god måte og at ansvaret blir plassert på rett sted.

7.5 Barnets innflytelse

I ”Samtaler med barn i barnevernet” hevder Svein Arild Vis at barnet blir betegnet som kompetent hvis meningen er lik den man selv har og som lite kompetent og ansvarsbevisst hvis meningen strider mot ens egen.¹¹⁵ Thomas og Skjørten har gjort undersøkelser som trekker i samme retning og viser at barnets medbestemmelsesrett er omvendt proporsjonalt med viktigheten av det som skal bestemmes. Thomas påpeker at hvis vi ikke er villig til å la barnets synspunkt få forrang foran egne, fører dette til at den innflytelse barnet har er av liten reell verdi.¹¹⁶

Kristin Skjørten viser i sin avhandling at 20.3 % av barna i hennes undersøkelse opplevde at avgjørelsen gikk i mot sitt ønske. De hadde derfor tilsynelatende ingen innflytelse på dommen. Hos de barna som ønsket delt bosted, kunne ikke retten følge dem, siden retten ikke har mulighet til å

¹¹⁴ Alston, *The Best interests of the child : reconciling culture and human rights* (1994) s. 56

¹¹⁵ Vis, *Samtaler med barn i barnevernet* (2004), skriftserie 1/2004 s. 24

¹¹⁶ Skjørten, *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste* (2001) og Thomas, *Children, family and the state : decision-making and child participation* (2000)

dømme delt bosted jf. bl. § 36 andre ledd. 4.6 % av barna hadde ingen mening om hvor de ville bo. Resten av barna fikk et resultat i tråd med det de ønsket. Dette betyr at de fleste barna får en dom i tråd med sitt uttrykte ønske, noe som ikke nødvendigvis betyr at retten har lagt vekt på barnets uttalelse.¹¹⁷

7.6 Konklusjon

7.6.1 Svar på problemstillingen

Min problemstilling i denne spesialoppgaven har vært å undersøke om barnets rett til å bli hørt blir ivaretatt i rettssaker om hvor barnet skal bo fast. Etter gjennomgang av rettskilder, litteratur og forskning blir min konklusjon at barnets rett til å bli hørt ikke blir tilstrekkelig ivaretatt i rettssaker om hvor barnet skal bo fast.

Begrunnelsen for konklusjonen er at alle barn har en rett til å bli hørt, men ikke alle blir hørt. Det er dessuten til en viss grad vilkårlig hvordan barn blir hørt.

7.6.2 Avslutning

For at barnets uttalerett skal ivaretas, hadde det vært gunstig om det i forbindelse med rettssaker om hvor barnet skal bo ble stilt et formelt krav om en samtale med barnet. På den måten vil barnet oppleve de formelle rammene rundt det å skulle bli hørt som en manifestering av sine rettigheter. Barnet ville få muligheten til å si det det ønsker og samtidig ha mulighet til å gi uttrykk for at det ikke ønsker å uttale seg. Opplevelsen av å ha blitt hørt ville da blitt ivaretatt. En mulig måte å gjøre dette på kan være å oppnevne en sakkyndig som kan samtale med barnet i alle rettssaker om hvor barnet skal bo fast.

Samtalen bør tilrettelegges på en måte som gjør at barnet blir ivaretatt på best mulig måte, ut i fra barnets alder og forutsetninger. De sakkyndige må få grundig informasjon om at barnets rett til å bli hørt er absolutt og derfor ikke kan fratas barnet med noen begrunnelse. Barnet bør også bli informert om at det ikke har noe ansvar for sakens utfall og at det ikke trenger å uttale seg.

¹¹⁷ Referert til i kapittel 6

Da jeg begynte arbeidet med denne oppgaven, var jeg overbevist om at det beste for barnet var at barnets rett til å bli hørt skulle kunne settes til side av hensyn til barnets beste. Nå ser jeg at det er viktig å ikke frata barna den retten de har fått etter barneloven § 31. Retten bør heller styrkes fremfor å svekkes. Fokus må være at barna skal føle seg hørt, ikke at de skal føle seg som deltagere i de voksnes konflikt. Ved å endre litt på de reglene vi har, vil vi i større grad kunne beskytte barna, og samtidig gi dem større rettsikkerhet.

8 LITTERATURLISTE

Alston, Philip *The Best interests of the child : reconciling culture and human rights*. Oxford, 1994

Andenæs, Johs *Statsforfatningen i Norge*. 8. utg. Oslo, 1998

Cap Lex Oslo, 1990

Dalseide, Nils *Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003. Noen utvalgte problemstillinger, Tidsskrift for familirett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004

Detrick, Sharon *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. The Hague, 1999

Devold, Simon Flem *På Skråss, 061104*. Aftenposten, 061104, 2004

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001

Haugli, Trude *Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste : rapport fra ekspertmøte i Tromsø 29.-31. januar 2003 på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet og Nordisk Ministerråd*. Tromsø, 2003

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003

Haaland, Kirsti R. *Barnet i skilsmissen : et barneperspektiv på familieomforming*. Oslo, 2002

Koch, Katrin *Når mor og far møtes i retten : barnefordeling og samvær*. Oslo, 2000

Moxnes, Kari *Skilsmissens mange ansikter : om barns og foreldres erfaringer med skilsmisse*. Kristiansand, 2001

Newell, Peter, Hodgkin, Rachel og UNICEF *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*. New York, 1998

Opsahl, Torkel *Internasjonale menneskerettigheter : en innføring*. 2. utg. Oslo, 1996

Sandberg, Kirsten *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. Oslo, 2003

Sandberg, Kirsten, Kaasen, Knut, Lødrup, Peter, Tjomsland, Steinar
Karnov kommenterte lover, Lov om barn og foreldre (barnelova) 8. april 1981 nr. 7. Oslo, 1995

Sandberg, Kirsten *Barnets beste : om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet*. Oslo, 1990

Sanner, Marit, Dønnestad, Eva *Unge rapporter til FN om Barnekonvensjonen 02/03*. Oslo, 2003

Schaffer, H. Rudolph *Making decisions about children : psychological questions and answers.* Oxford, 1998

Skjørten, Kristin, Paul, Rachel Eapen *Konfliktfamilier, barn og samlivsbrudd : prosjektsamarbeid mellom Kompetansesenter for voldsofferarbeid og Likestillingssenteret.* Oslo, 2001

Skjørten, Kristin *Barnefordelingssaker, foreldreskap og barns beste.* Oslo, 2001

Smith, Lucy *Barnets beste og barnets uttalerett, Tidsskrift for familirett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, Nr. 3-4/2004/årgang 2.* 2004

Smith, Lucy og Lødrup, Peter *Barn og foreldre forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer.* 6. utg. Oslo, 2004

Smith, Lucy *Barnefordeling og foreldremyndighet.* Oslo, 1976

Thomas, Nigel *Children, family and the state : decision-making and child participation.* Basingstoke, 2000

Vis, Svein Arild *Samtaler med barn i barnevernet.* Tromsø, 2004

Offentlige dokumenter

Høringsnotat 14.2.2001 *Innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov.*

NOU 1972:30 s. 71, *sosialreformkomiteen.*

NOU 1977:35, *Lov om barn og foreldre (barneloven).*

NOU 1993:18 *Lovgivning om menneskerettigheter*

NOU 1998:17, *Barnefordelingssaker - avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bostad.*

Ot. prp. nr. 62 (1979-1980) *Barneloven*

Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) *Om lov om endringer i barneloven mv.*

Innst. O. Nr. 30 (1980-81)

Barne- og familiedepartement *Barn og samlivsbrudd.* Q-1069

Barne- og familiedepartement *Hva med min mening da.* Q-1070

Barne- og familiedepartement *Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn.* Veileder Q-15/2004

Domsregister

Case of Sahin v. Germany. Application no. 30943/96 2003 EMD, 8 July 2003

Case of Sahin v. Germany. Application no. 30943/96 2001 EMD, 11 October 2001

Rt. 1985 s. 467

Rt. 1987 s. 728

Rt. 1889 s. 176

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1990 s. 669

Rt. 1996 s. 1566

Rt. 1999 s. 1183

Rt. 2004 s. 811

LA-2004-67657 (Agder Lagmannsrett)

Lovregister

1902 *Almindelig borgerlig Straffelov* 22. mai 1902 nr. 10

1915 *Lov om rettergangsmåten fr tvistemål* 13. august 1915 nr. 6

1927 *Lov om vergemål* 22. april 1927 nr. 3

1967 *Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker* 10. februar 1967

1981 *Lov om barn og foreldre* 8.april 1981 nr. 7

1986 *Lov om adopsjon* 28. februar 1986 nr. 8

1989 *FNs konvensjon om barnets rettigheter* 20.november 1989

1992 *Lov om barneverntjenester* 17. juli 1992 nr. 100

1999 *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett* 21. mai 1999 nr. 30

Nettsteder

http://www.ssb.no/vis/magasinet/slik_lever_vi/art-2005-04-04-01.html

<http://odin.dep.no/jd/norsk/dok/hoeringer/ferdigbehandlede/012001-080049/dok-bn.html>

<http://www.stortinget.no/cgi-wift/wiftldles?doc=/usr/www/stortinget/otid/2002/o030603-04.html&sesjon=2002-2003%2b,%2b2002-03&ting=otidn%2botidg&>